

## NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

Rivista quadrimestrale di giurisprudenza  
del Distretto della Corte d'Appello di Genova, fondata nel 1999

*Comitato Scientifico*

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Luigi Cocchi, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Gisella De Simone, Antonino Dimundo, Riccardo Ferrante, Andrea Fusaro, Antonio Lovisolo, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

*Comitato di Direzione*

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Guido Colella, Luciano Di Noto, Giuseppe Donato, † Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Emanuele Lamberti, Riccardo Maoli, Roberto Negro, Carlo Rossello, Ivano Vigliotti, Alvaro Vigotti

*Responsabile della redazione*

Alessandro Barca

## COORDINATORI

*Sezione di diritto civile*

Elena Bassoli (E.B.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Cesare Bruzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonino Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (FDM.), Stefano Faccio (S.F.), Michela Ferraris (MIF.), Antonio Fontana (A.FONT.), Carlo Iavicoli, Antonio Lijoi (A.LIJ.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

*Sezione di diritto del lavoro*

Corrado Marvasi, Stefano Torchio (ST.TO.)

*Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale*

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

*Sezione di diritto tributario*

Antonio Lovisolo

*Sezione di diritto penale*

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

*Sezione di deontologia forense*

Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

## COLLABORATORI

*Sezione di diritto civile*

Flavia Abbondanza (FL.A.), Federica Adorni (FAD.), Francesca Bagnasco (FBGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (FBART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Marzio Bini (MA.BN.), Filippo Biolè, Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Lavinia Botto, Elisa Brigandi (EL.BR.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Annamaria De Luca (A.DL.), Raffaella Demaria (R.D.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Gabriele Fazzari, Daniele Ferrari (D.F.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Ce-

sare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Barbara Grasso, Christian Graziano (C.GRA.), Giuseppe Inglese (G.ING.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo (F.M.), Alessandro Nicolini (A.N.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Francesca Paderno (FP.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Mario Riccomagno, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Agnese Sgotti (A.SG.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Francesco Massimo Tiscornia, Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Jenny Verduci (J.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio Zanoli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (FA.Z.)

*Sezione di diritto del lavoro*

Marco Bruno (MA.BR.), Andrea Firriolo, Pier Franco Raffaelli (P.RA.), Valeria Torchio (VA.TO.)

*Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:*

Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Marco Berruti (M.B.), Gabriella Bozzone (G.B.), Francesco Giuseppe Campodonico, Omar Caramaschi (O.C.), Luca Costanzo (L.C.), Ludovica Costigliolo, Simone Frega (S.F.), Fabio Gaggero (F.G.), Alessandro Salustri (A.S.), Glauco Stagnaro, Matteo Timo (M.T.)

*Sezione di diritto tributario*

Federico Bertocchi, Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Alessandra Piccardo (A.P.)

*Sezione di diritto penale*

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Martina Caputo (M.CAP.), Giovanna Ceresa Gastaldo, Maria Cersosimo, Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Di Giovanni, Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Cecilia Gentile, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Lisa Martinelli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Aurora Piromalli, Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Pontepino, Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Valter Semino, Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri, Valentina Zeccola

*Sezione di deontologia forense*

Roberta Caprioli, Maria Grazia Gandolfo

Direttore responsabile: Fabrizio Deferrari

Redazione e Amministrazione: c/o Tribunale di Genova

Stampa e diffusione: Janua Srls

Via Ippolito d'Aste 3/10 · 16121 Genova

Tel 010 5956111/21/22 · Fax 010 0986823

www.deferrarieditore.it · info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

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

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

# Indice

---

## Editoriale

*Giurisprudenza di merito e valorizzazione del precedente: uno sforzo comune di accademia, magistratura ed avvocatura.*

Mitja Gialuz **3**

---

## Sezione di diritto civile

### Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Savona, decreto, 24 aprile 2023 **5**

Tribunale di Savona, 8 aprile 2022 **5**

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 marzo 2023, n. 739 **9**

Massimario **14**

### Documenti

*Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà).*

Guido Alpa **16**

*Garantismo, una messa a fuoco: a proposito di un nuovo libro di Enzo Roppo.*

Michele Marchesiello **22**

*I giuristi pratici e l'Intelligenza Artificiale.*

David Cerri **26**

### Recensioni

GUIDO ALPA, *Il diritto di essere se stessi.*

Luca Vespignani **33**

ALBERTO FOGGIA e EDOARDO FERRAGINA (a cura di), *Fideiussioni bancarie e mezzi di tutela.*

Patrizia Monferrino **38**

---

## Sezione di diritto del lavoro

### Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. lav., 11 aprile 2023, n. 443 **40**

Massimario **42**

## Documenti

*Lo sciopero del personale della navigazione.*

Andrea Firriolo **44**

---

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

### Sentenze, Ordinanze e Decreti

T.A.R. Liguria, sez. II, 22 marzo 2022, n. 236 **49**

*Il giudice quale garante dell'effettività del principio di leale cooperazione tra Stato e Regioni. Sulla possibile (e forse necessaria) riforma, in tale ottica, della Legge quadro sulle aree protette*

Francesco Giuseppe Campodonico **49**

Massimario **55**

### Documenti

*Calendario venatorio ligure per il 2023/2024: il terzo incomodo tra Stato e Regione.*

Lara Trucco **57**

*Gli interventi di demolizione e ricostruzione dei beni vincolati.*

Glauco Stagnaro **59**

---

## Sezione di diritto tributario

Massimario **62**

---

## Sezione di diritto penale

### Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Savona, sez. penale, 9 maggio 2023, n. 710 **66**

Massimario **68**

### Documenti

*Il delitto di maltrattamenti nelle strutture socioassistenziali: contrasti interpretativi e profili applicativi.*

Lisa Martinelli **71**

---

## Sezione di deontologia forense

Massimario **76**

### Documenti

*Consiglieri dell'Ordine e deontologia.*

Fabio De Santis **77**

## Editoriale

### *Giurisprudenza di merito e valorizzazione del precedente: uno sforzo comune di accademia, magistratura ed avvocatura.*

**Mitja Gialuz**

*Ordinario di Diritto processuale penale  
Università di Genova*

È da diversi anni che il dibattito sulla valorizzazione del precedente ha subito un'accelerazione, anche nell'ordinamento italiano. D'altronde, dinnanzi a un giudice che - come riconosciuto dalla Cassazione, dalla Corte costituzionale e dalla stessa Corte di Strasburgo - non può essere più considerato un mero *dichiaratore* del diritto, ma va concepito come un *giudice-costruttore*, che contribuisce a creare il diritto, è indispensabile ragionare sugli strumenti attraverso i quali ordinare lo sviluppo giurisprudenziale. E lo strumento essenziale per migliorare la prevedibilità della decisione, è stato proprio il rafforzamento della nomofilachia attraverso il precedente: in quest'ottica va letta l'introduzione di un vincolo - sia pure procedurale - al precedente delle Sezioni Unite con la regola inserita nell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. Quindi di precedente in senso proprio si è parlato molto con riferimento solo alle decisioni della Suprema Corte: non si era invece mai rapportata la categoria del precedente alla giurisprudenza di merito. Almeno sino al d.lgs. 151 del 2022: nel disciplinare l'Ufficio per il processo penale, infatti, l'art. 6 del decreto legislativo ha riconosciuto a tale ufficio, tra le altre incombenze, quella di «incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, attraverso la valorizzazione e la messa a disposizione dei *precedenti*, con compiti di organizzazione delle decisioni, in particolare di quelle aventi un rilevante grado di serialità, e con la formazione di una banca dati dell'ufficio giudiziario di riferimento [corsivo aggiunto]».

Ora, questo richiamo al «precedente» sembra, almeno a prima vista, rispondere a una logica diversa, ossia di assicurare efficienza in senso puramente quantitativo: per incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, vanno valorizzati i provvedimenti seriali, che andranno inseriti in banche dati.

Ebbene, questa efficienza puramente quantitativa non pare possa essere accolta (1). Sia chiaro, certamente l'efficienza è un valore decisivo, dotato di ancoraggio costituzionale negli artt. 97, 110 e 111 Cost.: essa è, infatti, uno dei connotati essenziali del servizio pubblico della giustizia penale; ma certamente non può essere intesa in chiave puramente numerica o statistica. Si tratta infatti di un concetto di relazione legato agli obiettivi istituzionali della giustizia penale, che sono necessariamente plurali; pertanto, essa non può essere concepita a senso unico. L'efficienza va perseguita in modo strumentale, non solo alle esigenze di contrasto alla criminalità e di attuazione del diritto oggettivo, neces-

sariamente sottese alla giustizia penale, ma anche agli altri scopi che la Costituzione integrata le assegna: da quello epistemico - evidentemente connesso al primo - a quello del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo. Tra i quali, anche quello alla prevedibilità della decisione, corollario fondamentale del canone di legalità sancito dall'art. 25, comma 2, Cost.

È per tale ragione che, nell'ambito del progetto *Next Generation UPP*, «Nuovi schemi collaborativi tra Università e uffici giudiziari per il miglioramento dell'efficienza e delle Prestazioni della giustizia nell'Italia del nord-ovest» - che mi onoro di coordinare insieme al collega Ansanelli - il *team* di ricerca del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova ha preso le mosse proprio da questa (per certi versi) controversa disposizione, al fine di mettere a fuoco un approccio qualitativo all'efficienza.

Certo, la creazione di banche dati nelle quali inserire tutti i provvedimenti (anonimizzati e debitamente indicizzati) sarà il punto di arrivo di un percorso che vede impegnati i giuristi insieme ai tecnologi: con l'ausilio di software di intelligenza artificiale (IA) si agevolerà l'individuazione del precedente. Non v'è dubbio che l'IA aiuterà a razionalizzare l'identificazione della decisione già adottata e, con ciò, contribuirà necessariamente a rafforzare il processo - per la verità, in atto in tutti i paesi di *civil law* - di valorizzazione del precedente. Ma, al di là dello scenario (distopico) di un algoritmo che fa tutto da sé e assicura l'ideale leibniziano di un diritto calcolabile ed esattamente predicibile (ossia un diritto morto), pare che il ruolo dell'uomo - tanto dell'operatore, quanto dello studioso del diritto - sia ancora e sempre sarà fondamentale per assicurare gli strumenti di conoscenza della decisione già adottata. Oggi, pare possa ancora rivestire un ruolo quello che è lo strumento tradizionale utilizzato nella nostra cultura giuridica per rendere più agevolmente conoscibili le decisioni, ossia la «massima di giurisprudenza».

Certo, si tratta di un dispositivo da maneggiare con molta cura e cautela, perché frutto di una *ri-elaborazione* del prodotto giurisprudenziale. Non a caso, Gino Gorla scriveva che le attività finalizzate alla massimazione «non sono cose da principianti, ma esigono giuristi provetti» (2).

Senza dubbio, più che la perizia tecnica e la formazione - certamente indispensabili - del creatore della massima, quel che appare fondamentale, dinnanzi alla sfida tecnologica appena tratteggiata e soprattutto per la giurisprudenza di merito, è la cooperazione di magistratura, avvocatura, università. Solo lo sforzo comune e il dialogo tra operatori e studiosi del diritto - a partire dalla delicatissima fase della selezione dei provvedimenti da valorizzare attraverso la massima - può consentire di individuare la semplice decisione già adottata su un caso per trasformarla in un vero e proprio precedente, che possa assicurare non tanto la produttività, ma l'uniformità all'interno dell'ufficio e tra gli

uffici di merito, nonché un'evoluzione consapevole della giurisprudenza.

E proprio l'avvio di un confronto costante dell'Università con gli uffici giudiziari del distretto di Corte di appello è tra gli obiettivi del progetto *Next Generation UPP*: nei mesi scorsi l'interlocazione avviata da un *team* composto da borsiste e borsisti e da assegniste e assegnisti con i Tribunali di Genova, Imperia e Savona ha permesso di individuare alcune linee di intervento, tra le quali vale la pena segnalare un primo esperimento di massimazione di decisioni di merito segnalate da magistrati estensori ed avvocati. Le massime - redatte da Gaia Agosti, Luca Barontini, Maria Giovanna Brancati, Mario Peraldo Gianolino, Ilenia Siccardi, Sebastiano Spinelli e Veronica Tondi - si concentrano sui provvedimenti che affrontano istituti interessati dalle modifiche introdotte dal d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150: una sorta di "Osservatorio Cartabia", che va dall'estensione della procedibilità a querela alla nuova disciplina dell'assenza, dalla nuova regola di giudizio dell'udienza preliminare e dell'udienza predibattimentale, sino alla nuova disciplina delle pene sostitutive.

La redazione di *Nuova Giurisprudenza Ligure* ha offerto la disponibilità ad accogliere un primo (per ora contenuto) numero di provvedimenti massimati e di dare quindi voce e con-

cretezza a questo progetto di collaborazione. Per questo mi preme rivolgere un sentito ringraziamento al *Comitato Scientifico* e al *Comitato di Direzione* della *Rivista*.

Sarà nostra cura dare continuità a questa iniziativa - anche con la collaborazione dei coordinatori della *Sezione di diritto penale*, Raffaele Caruso e Graziella Delfino - per il quale servirà il rinnovato impegno di tutti i protagonisti del mondo della giustizia penale: non solo giudici, pubblici ministeri e avvocati, ma anche degli stessi funzionari, sia di cancelleria sia addetti all'UPP, ai quali chiediamo di segnalarci provvedimenti significativi.

Insieme, attraverso il dialogo e il confronto dialettico, potremo dare un contributo a migliorare l'efficienza (in senso qualitativo) del servizio pubblico della giustizia ligure.

#### Note.

(1) Sia consentito rinviare a M. GIALUZ - J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, p. 7 ss.

(2) Così, G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 84.

## Sezione di diritto civile

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Savona, decreto 24 aprile 2023 - Giudice Unico Serra.

**PROCEDIMENTO civile - notificazione - perfezionamento della notifica - atto di citazione - nuovo rito - contenuto - nullità - rilevabilità d'ufficio.**

(Artt. 163, 164, 161, 171 bis c.p.c.)

*Il momento determinante la pendenza di una causa instaurata con rito civile ordinario coincide con la notificazione della citazione e, a tal fine, è rilevante il momento del perfezionamento della notifica nei confronti del destinatario, non operando il criterio della scissione degli effetti della notificazione.*

*L'atto di citazione non conforme al modello previsto dal nuovo rito, in relazione al contenuto, agli avvisi previsti dall'art. 163 c.p.c., e ai termini a comparire garantiti dall'art. 166 c.p.c. è affetto da nullità, ai sensi dell'articolo 164, comma 1 c.p.c. La nullità dell'atto di citazione può essere rilevata d'ufficio dal giudice, il quale è tenuto a verificare la regolarità del contraddittorio.*

(...Omissis...)

rilevato che la presente causa è stata introdotta con atto di citazione portato alla notifica da parte attrice in data 22 febbraio 2023;

rilevato che la notifica dell'atto di citazione risulta essersi perfezionata nei confronti di in data 6 marzo 2023 e nei confronti di in data 7 marzo 2023;

ritenuto che la controversia è soggetta al rito previsto dal d.lgs. 14/2022, applicabile ai procedimenti instaurati a seguito dell'entrata in vigore, coincidente con il 1° marzo 2023, in quanto:

il momento determinante la pendenza di una causa instaurata con rito civile ordinario coincide con la notificazione della citazione;

a tal fine è rilevante il momento del perfezionamento della notifica nei confronti del destinatario, non operando il criterio della scissione degli effetti della notificazione;

in particolare, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità *“in tema di notificazioni, il principio della scissione soggettiva del momento perfezionativo del procedimento notificatorio per il notificante ed il destinatario, che si impone ogni qual volta dall'individuazione della data di notificazione possano discendere decadenze, o altri impedimenti, distintamente a carico dell'una o dell'altra parte, non opera, esulando da un tale ambito la corrispondente questione, per la determinazione della pendenza della lite rilevante ai fini del riparto di giurisdizione, che non può che farsi coincidere con il momento in cui il procedimento di notificazione dell'atto introduttivo della causa si è completato, necessariamente corrispondente, quindi, con quello nel quale la notifica si è perfezionata mediante la consegna dell'atto al destinatario o a chi sia comunque abilitato a riceverlo”* (Cass. Sez. Un., Sentenza n. 9535 del 19/04/2013);

tenuto conto del momento del perfezionamento della notifica nei confronti di entrambi i convenuti, la causa risulta instaurata dopo il 1° marzo 2023;

rilevato, pertanto, che ai sensi dell'art. 171 bis c.p.c., scaduto il termine previsto per la costituzione del con-

venuto dall'art. 166 c.p.c., il giudice è tenuto a verificare d'ufficio la regolarità del contraddittorio;

rilevato che il convenuto non si è costituito nel termine di 70 giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione;

ritenuto che l'atto di citazione notificato risulta affetto da nullità, ai sensi dell'art. 164 co. 1 c.p.c., in quanto non è conforme al modello previsto dal nuovo rito, in relazione al contenuto, agli avvisi previsti dall'art. 163 c.p.c., e ai termini a comparire garantiti dall'art. 166 c.p.c.;

ritenuto che, conseguentemente, l'attore deve essere onerato di rinnovare la citazione.

**P.Q.M.**

Fissa nuova udienza per gli incumbenti di cui all'art. 183 c.p.c. in data 20 ottobre 2023, ore 9.00, assegna a parte attrice termine per rinnovare la citazione entro l'8 maggio 2023 (...Omissis...).

Tribunale di Savona, 8 aprile 2022 - Pres. e rel. Atzeni.

**PROVA civile in genere - short message service ed e-mail - efficacia probatoria - riproduzioni meccaniche ex art. 2712 c.p.c. - piena prova dei fatti e delle cose rappresentate - sussiste - disconoscimento tempestivo, circostanziato ed esplicito - necessità.**

(Art. 2712 c.p.c.)

**PROVA civile in genere - short message service - conversazioni WhatsApp - efficacia probatoria - riproduzioni meccaniche ex art. 2712 c.p.c. - piena prova dei fatti e delle cose rappresentate - trasposizione in formato PDF - necessità.**

(Art. 2712 c.p.c.)

**MATRIMONIO - divorzio - assegno divorzile in favore ex coniuge - natura assistenziale - natura perequativo-compensativa - riconoscimento contributo vita coniugale - attribuzione e determinazione - criteri.**

(Art. 5, comma 6, L. n. 898/1970)

*I messaggi di posta elettronica (cd. e-mail) o lo “short message service” (“SMS”) costituiscono documenti elettronici che contengono la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privi di firma, rientrano tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. e, pertanto, formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale vengono prodotti non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime.*

*In particolare, il disconoscimento idoneo a far perdere efficacia probatoria alle predette riproduzioni informatiche, degradandole a presunzioni semplici, deve essere non solo tempestivo, soggiacendo a precise preclusioni processuali, ma anche chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi concretizzare nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta.*

*Ciò non di meno, l'eventuale disconoscimento di tale conformità non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata previsto dall'articolo 215, comma 2, c.p.c., poiché, mentre, nel secondo caso, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo della stessa, la scrittura non può essere utilizzata, nel primo caso non è da escludere che il giudice possa comunque accertare la rispondenza all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni.*

(In senso conforme Cass., n. 12794/2021)

*Lo "short message service" ("SMS") e le conversazioni WhatsApp, contenendo la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, è riconducibile nell'ambito dell'articolo 2712 c.c. e dunque forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne contesta la relativa conformità.*

*Tuttavia, sono da ritenere prive di qualsiasi valore probatorio le conversazioni WhatsApp e gli "short message service" estratti dall'utenza telefonica e prodotti con mere trascrizioni su fogli Word, potendosi considerare riproduzioni meccaniche della messaggistica originale, e come tali rientranti nella disciplina dettata dall'art. 2712 c.c., esclusivamente i messaggi in formato PDF (che è notoriamente un formato non modificabile), ricavati mediante una procedura informatica di esportazione dal dispositivo cellulare e di trasposizione degli stessi in formato testuale.*

*L'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge ha natura assistenziale, ma anche perequativo-compensativa, discendente direttamente dal principio costituzionale di solidarietà, che conduce al riconoscimento di un emolumento volto non a conseguire l'auto-sufficienza economica del richiedente sulla base di un parametro astratto, bensì un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella vita familiare in concreto, tenendo conto in particolare delle aspettative professionali sacrificate, fermo restando che la funzione equilibratrice non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi.*

*Ne discende che il riconoscimento dell'assegno in favore dell'ex coniuge richiede l'accertamento, in concreto, dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte dell'art. 5, comma 6, della legge n. 898 del 1970, i quali costituiscono il parametri di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione; dovendosi rivolgere particolare attenzione alla valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, al contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto.*

(In senso conforme Cass., n. 5603/2020)

M.F.

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

#### **Motivi della decisione.**

Il ricorso merita accoglimento poiché risulta integrata la fattispecie di cui all'art. 3 n. 2 lett. f) della L. 1 dicembre 1970, n. 898, modificata dalla L. 6 marzo 1987, n. 74. Al riguardo ritiene il Tribunale che all'esito dell'istruttoria espletata nel corso del giudizio sia stata raggiunta la prova in ordine al fatto che il matrimonio de quo, contratto dalle parti in Savona in data 3.10.2019, non sia stato da esse consumato.

Tale prova può essere tratta dal contenuto dei messaggi che le parti si sono scambiate attraverso i servizi di messaggistica WhatsApp e Facebook (prodotti dal ricorrente in allegato alla propria memoria istruttoria ex art. 183, n.2, c.p.c.), contenuto le cui risultanze hanno anche trovato elementi di riscontro nella prova testimoniale.

Per quanto in particolare riguarda la questione dell'utilizzabilità ai fini del decidere del contenuto dei messaggi testé menzionati va in particolare sottolineato: 1) che secondo il disposto dell'art. 2712 c.c., "le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime"; 2) che secondo l'insegnamento della Suprema Corte e della migliore giurisprudenza di merito, "per far perdere in un processo la qualità di prova alle riproduzioni informatiche di una chat occorre un disconoscimento "chiaro, circostanziato ed esplicito", che si deve concretizzare "nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta". Sono perciò inefficaci i semplici richiami, fatti dal ricorrente, ai propri scritti difensivi nei quali dichiarava che quanto rappresentato dalle riproduzioni informatiche non corrispondesse alla realtà dei fatti in essa descritta. A precisarlo è la Cassazione confermando in tal modo l'importanza delle riproduzioni informatiche di conversazioni via sms, messaggi mail o whatsapp. Nel caso di specie, si trattava di una relazione extracongiugale intrattenuta dal ricorrente a cui i giudici di merito avevano addebitato la separazione" (Cassazione civile sez. VI 13 maggio 2021 n. 12794); "in tema di efficacia probatoria delle riproduzioni informatiche di cui all' art. 2712 c.c., il disconoscimento idoneo a farne perdere la qualità di prova, degradandole a presunzioni semplici, deve essere non solo tempestivo, soggiacendo a precise preclusioni processuali, ma anche chiaro, circostanziato ed esplicito, dovendosi concretizzare nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta" (Cassazione civile sez. VI 13 maggio 2021 n. 12794); "i messaggi di posta elettronica (cd. e-mail) o lo "short message service" ("SMS") costituiscono documenti elettronici che contengono la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privi di firma, rientrano tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all' art. 2712 c.c. e, pertanto, formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale vengono prodotti non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime" (Tribunale Firenze sez. III 07 febbraio 2020 n. 370); "lo "short message service" ("SMS") contiene la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti ed è riconducibile nell'ambito dell' articolo 2712 c.c. , con la conseguenza che forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne contesti la conformità ai fatti o alle cose medesime. Tuttavia, l'eventuale disconoscimento di tale conformità non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata previsto dall' articolo 215 c.p.c., comma 2 , poiché, mentre, nel secondo caso, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo della stessa, la scrittura non può essere utilizzata, nel primo non può escludersi che il giudice possa accertare la rispondenza all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni" (Cassazione civile sez. I 17 luglio 2019 n. 19155); "nel processo civile gli sms e le mail hanno piena efficacia di prova. Per il disconoscimento di queste co-

municazioni colui contro il quale esse sono prodotte deve dimostrare, con elementi concreti e in maniera circostanziata ed esplicita, la non rispondenza con la realtà. A ribadire tale regola è la Cassazione respinge il ricorso di un padre separato “condannato” a pagare la sua quota di retta dell’asilo nido del figlio, sulla base di un sms nel quale aderiva all’iniziativa dell’iscrizione presa dalla madre del bambino. Per la Corte sia gli sms che le mail hanno lo stesso valore di prova che l’articolo 2712 del codice civile attribuisce alle riproduzioni informatiche” (Cassazione civile sez. I 17 luglio 2019 n. 19155); “lo “short message service” (“SMS”) contiene la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti ed è riconducibile nell’ambito dell’ art. 2712 c.c. , con la conseguenza che forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne contesti la conformità ai fatti o alle cose medesime. Tuttavia, l’eventuale disconoscimento di tale conformità non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata previsto dall’ art. 215, comma 2, c.p.c. poiché, mentre, nel secondo caso, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo della stessa, la scrittura non può essere utilizzata, nel primo non può escludersi che il giudice possa accertare la rispondenza all’originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni. (Nella specie, veniva in questione il disconoscimento della conformità ad alcuni “SMS” della trascrizione del loro contenuto)” (Cassazione civile sez. II 21 febbraio 2019 n. 5141; conforme: Cass. n.11606 del 2018); “in ordine all’assunta contestazione dei dati del sistema informatico, è da osservare preliminarmente che, per l’art. 2712 c.c., la contestazione esclude il pieno valore probatorio della riproduzione meccanica, ove abbia per oggetto il rapporto di corrispondenza fra la realtà storica e la riproduzione meccanica (la conformità dei dati ai fatti ed alle cose rappresentate). Ove la contestazione (con questo specifico contenuto) vi sia stata, la riproduzione, pur perdendo il suo pieno valore probatorio, conserva tuttavia il minor valore di un semplice elemento di prova, che può essere integrato da ulteriori elementi. L’accertamento della sussistenza e del contenuto della contestazione, avendo per oggetto fatti materiali, è funzione del giudice di merito; e, ove sia esente da vizi logici, in sede di legittimità è insindacabile” (Cassazione civile Sez. lav. 11 maggio 2005 n. 9884); “sono da ritenere prive di qualsiasi valore probatorio le conversazioni WhatsApp e Sms estratte dall’utenza telefonica e prodotte con trascrizioni su fogli Word” (Tribunale di Milano, Sez. lavoro, 06/06/2017; cfr sul punto anche Cassazione penale sez. V 19 giugno 2017 n. 49016); 3) che non possono essere condivise le deduzioni difensive svolte dalla resistente laddove essa ha sostenuto che i messaggi WhatsApp e Facebook prodotti dal ricorrente non potrebbero essere considerati come vere e proprie riproduzioni meccaniche ai sensi dell’art. 2712 c.c. in quanto consisterebbero in mere trascrizioni su fogli Word (e dunque, in quanto tali, modificabili nel loro contenuto) delle conversazioni svoltesi tra le parti per mezzo dei servizi di messaggistica W., Facebook o SMS; 4) che infatti, per quanto è dato trarre dalla documentazione prodotta dal ricorrente, i messaggi in atti non consistono in mere trascrizioni su fogli Word, ma risultano essere invece messaggi in formato PDF (che è notoriamente un formato non modificabile) ricavati mediante una semplice procedura informatica di esportazione dei messaggi tratti dal cellulare del ricorrente e di trasposizione degli stessi in formato testuale, ed in quanto tali devono pertanto considerarsi a tutti gli effetti come riproduzioni meccaniche della messaggistica originale rientranti nella disciplina dettata dall’art.

2712 c.c.; 5) che tale circostanza, dedotta dal ricorrente nella propria comparsa conclusionale, non è stata contestata dalla resistente nella propria memoria di replica se non in modo meramente generico (così come non è stata da essa contestata in modo specifico l’effettiva provenienza dei messaggi dal cellulare del ricorrente); 6) che, analogamente, la resistente non ha specificamente contestato né che i messaggi prodotti dal ricorrente siano stati da esso alterati, né che i fatti e le circostanze in essi rappresentate siano effettivamente conformi ai fatti realmente verificatisi ed alle vicende realmente avvenute nel corso del rapporto intrattenuti dalle parti e per i quali è causa; 7) che pertanto i messaggi in esame devono considerarsi indubbiamente utilizzabili quali mezzi di prova ai fini del decidere.

Ciò premesso, va rilevato che dal contenuto dei messaggi in esame può essere tratta la prova in ordine al fatto che le parti, nel corso della brevissima durata del matrimonio de quo - durante il quale esse non hanno mai realmente convissuto (ciascuna parte ha infatti continuato a risiedere nella propria città, il ricorrente a Napoli e la resistente a Savona) e si sono frequentate solo per circa 60 giorni complessivi nell’arco di 7 mesi (come è emerso dalle dichiarazioni dei testi) -, non abbiano mai consumato rapporti sessuali completi; risulta infatti chiaramente dalle conversazioni da esse intrattenute via Whatsapp e via Facebook che nel caso di specie vi sono stati solo due tentativi di rapporto sessuale, entrambi terminati senza successo (cfr il messaggio inviato dalla resistente in data 1.5.2020: “avrei voluto un rapporto inizialmente di reciproca compagnia alternata e con un po’ di pazienza saremmo anche riusciti ad avere quei rapporti completi, che non per causa mia tu non sei riuscito a concludere. M. smorzando un po’...quel presunto vulcano che è in te! Tutto questo mi era stato assicurato da parte tua, dicendomi che avresti avuto tutta la pazienza necessaria, affinché io riuscissi a vincere questo mio blocco...”; a tale messaggio il ricorrente ha risposto nei seguenti termini: “i due tentativi non riusciti rientrano fisiologicamente nell’ordine naturale delle cose allorquando manca la partecipazione di un partner. La prima volta sei uscita dal bagno piangendo che volevi tornare a casa, la seconda volta mi girasti le spalle sfuggendo come un’anguilla ed interrompendo senza dialogo e senza tener conto dell’emozione che gioca il suo ruolo soprattutto le prime volte e di ciò che non sapevi ancora”; a tale ultimo messaggio, significativamente, la resistente non ha replicato alcunché, omettendo pertanto di contestare la veridicità di quanto affermato dal Sig. Rotondo; cfr. ancora il messaggio inviato dalla resistente in data 14.4.2020: “credevo proprio in un bel sentimento, da parte mia, anche se non era completato da quell’attrazione sessuale per te irrinunciabile, ma avrei veramente voluto provarci”; cfr. infine il messaggio inviato dalla resistente alla figlia del ricorrente in data 16.4.2020: “l’estate scorsa lui ha fatto un’insistenza all’inverosimile, perché accettassi questo matrimonio, nonostante io gli ripetessi in continuazione che pur trovandomi molto bene con lui e provando un affetto sincero, non ne fossi innamorata e non avrei mai voluto deluderlo né farlo stare male. Alla fine ho ceduto basandomi su promesse e riassicurazioni da parte sua, ripetendo che avrebbe voluto sposarmi ugualmente anche nel caso in me non fosse maturato l’aspetto sessuale, vivendo un po’ a Napoli, un po’ a Savona e un po’ ognuno a casa propria. Parlando da donna a donna io ci ho provato per due volte, ma alla fine...soltanto un grande malessere, anche per il fatto che con il suo problema della prostata, non avrebbe potuto essere un rapporto naturale e spontaneo, cosa che se accade nel corso di una vita assieme sarebbe stato ben diverso”).

Le risultanze dei messaggi testé riportati hanno poi trovato conferma anche nelle risultanze della prova testimoniale (cfr. le dichiarazioni rese dalla teste Rotondo M.R. all'udienza del 29.4.2021: "per quello che mi ha riferito mio padre non ci furono rapporti sessuali completi. Mio padre mi confidava che la sig.ra B. si rifiutava di avere rapporti sessuali nonché di convivere con lui. ADR: dormivano insieme ma senza avere rapporti; ho visto messaggi whatsapp che mio padre mi ha fatto vedere sul suo cellulare nei quali vi erano frasi scherzose fra i coniugi in ordine alla mancata consumazione del matrimonio... mio padre mi ha confidato che c'è stato un solo tentativo di rapporto intimo. Subito dopo il matrimonio mio padre è venuto a Napoli e sia con me che con mio fratello A. si mostrava infastidito del fatto che la sig.ra B. pretendesse delle garanzie economiche; per questo motivo predispose una scrittura con cui si impegnava a versare 650 euro mensili a titolo di rimborso del canone di locazione dell'immobile di Savona ove risiedeva la sig.ra B., ne parlò a mio fratello il quale, lavorando in banca, poteva predisporre, come predispose, tale pagamento. ADR: so che la sig.ra B. faceva lavori saltuari ma il titolo relativo a questi pagamenti riguardava il rimborso del canone di locazione").

Sulla base delle risultanze istruttorie testé riportate deve ritenersi raggiunta la prova in ordine alla mancata consumazione del rapporto matrimoniale da parte dei coniugi, e, prima ancora, la prova in ordine al fatto che non sia mai nata, nel brevissimo periodo della loro unione coniugale, una vera e propria *affectio coniugalis* (essi infatti non sono mai stati realmente accomunati da un vero e proprio progetto di vita familiare e coniugale).

La domanda proposta dal ricorrente al fine di ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale deve pertanto trovare accoglimento.

Venendo ora a trattare la domanda proposta in via riconvenzionale dalla resistente al fine di ottenere che il ricorrente sia condannato a corrisponderle un importo periodico a titolo di assegno divorzile, va rilevato che secondo l'insegnamento della Suprema Corte, "l'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge ha natura assistenziale, ma anche perequativo-compensativa, discendente direttamente dal principio costituzionale di solidarietà, che conduce al riconoscimento di un contributo volto non a conseguire l'autosufficienza economica del richiedente sulla base di un parametro astratto, bensì un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella vita familiare in concreto, tenendo conto in particolare delle aspettative professionali sacrificate, fermo restando che la funzione equilibratrice non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi" (cfr. Cassazione civile sez. I, 28/02/2020, n.5603); "ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, dopo le modifiche introdotte con la L. n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarsi per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla for-

mazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto" (Cassazione civile sez. un., 11/07/2018, n.18287; cfr. in particolare la sentenza in motivazione, ove tra l'altro si legge: "l'art. 5, comma 6 attribuisce all'assegno di divorzio una funzione assistenziale, riconoscendo all'ex coniuge il diritto all'assegno di divorzio quando non abbia mezzi "adeguati" e non possa procurarsi per ragioni obiettive. Il parametro dell'adeguatezza ha, tuttavia, carattere intrinsecamente relativo ed impone una valutazione comparativa che entrambi gli orientamenti illustrati traggono al di fuori degli indicatori contenuti nell'incipit della norma, così relegando ad una funzione residuale proprio le caratteristiche dell'assegno di divorzio fondate sui principi di libertà, autoresponsabilità e pari dignità desumibili dai parametri costituzionali sopra illustrati e dalla declinazione di essi effettuata dall'art. 143 c.c.. L'intrinseca relatività del criterio dell'adeguatezza dei mezzi e l'esigenza di pervenire ad un giudizio comparativo desumibile proprio dalla scelta legislativa, non casuale, di questo peculiare parametro inducono ad un'esegesi dell'art. 5, comma 6, diversa da quella degli orientamenti passati. Il fondamento costituzionale dei criteri indicati nell'incipit della norma conduce ad una valutazione concreta ed effettiva dell'adeguatezza dei mezzi e dell'incapacità di procurarsi per ragioni oggettive fondata in primo luogo sulle condizioni economico-patrimoniali delle parti, da accertarsi anche utilizzando i poteri istruttori officiosi attribuiti espressamente al giudice della famiglia a questo specifico scopo. Tale verifica è da collegare causalmente alla valutazione degli altri indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, al fine di accertare se l'eventuale rilevante disparità della situazione economico-patrimoniale degli ex coniugi all'atto dello scioglimento del vincolo sia dipendente dalle scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise in costanza di matrimonio, con il sacrificio delle aspettative professionali e reddituali di una delle parti in funzione dell'assunzione di un ruolo trainante endofamiliare, in relazione alla durata, fattore di cruciale importanza nella valutazione del contributo di ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune e/o del patrimonio dell'altro coniuge, oltre che delle effettive potenzialità professionali e reddituali valutabili alla conclusione della relazione matrimoniale, anche in relazione all'età del coniuge richiedente ed alla conformazione del mercato del lavoro. Il richiamo all'attualità, avvertito dalla sentenza n. 11504 del 2017, in funzione della valorizzazione dell'autoresponsabilità di ciascuno degli ex coniugi deve, pertanto, dirigersi verso la preminenza della funzione equilibratrice-perequativa dell'assegno di divorzio. Il principio di solidarietà, posto a base del riconoscimento del diritto, impone che l'accertamento relativo all'inadeguatezza dei mezzi ed all'incapacità di procurarsi per ragioni oggettive sia saldamente ancorato alle caratteristiche ed alla ripartizione dei ruoli endofamiliari. L'accertamento del giudice non è conseguenza di un'inesistente ultrattività dell'unione matrimoniale, definitivamente sciolta tanto da determinare una modifica irreversibile degli status personali degli ex coniugi, ma della norma regolatrice del diritto all'assegno, che conferisce rilievo alle scelte ed ai ruoli sulla base dei quali si è impostata la relazione coniugale e la vita familiare. Tale rilievo ha l'esclusiva funzione di accertare se la condizione di squilibrio economico patrimoniale sia da ricondurre eziologicamente alle determinazioni comuni ed ai ruoli endofamiliari, in relazione alla durata del matrimonio e all'età del richiedente. Ove la disparità abbia questa radice causale e sia accertato che lo squilibrio economico patrimo-

niale conseguente al divorzio derivi dal sacrificio di aspettative professionali e reddituali fondate sull'assunzione di un ruolo consumato esclusivamente o prevalentemente all'interno della famiglia e dal conseguente contributo fattivo alla formazione del patrimonio comune e a quello dell'altro coniuge, occorre tenere conto di questa caratteristica della vita familiare nella valutazione dell'inadeguatezza dei mezzi e dell'incapacità del coniuge richiedente di procurarseli per ragioni oggettive. Gli indicatori, contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, prefigurano una funzione perequativa e riequilibratrice dell'assegno di divorzio che permea il principio di solidarietà posto a base del diritto. Il giudizio di adeguatezza impone una valutazione composita e comparativa che trova nella prima parte della norma i parametri certi sui quali ancorarsi. La situazione economico-patrimoniale del richiedente costituisce il fondamento della valutazione di adeguatezza che, tuttavia, non va assunta come una premessa meramente fenomenica ed oggettiva, svincolata dalle cause che l'hanno prodotta, dovendo accertarsi se tali cause siano riconducibili agli indicatori delle caratteristiche della unione matrimoniale così come descritti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, i quali, infine, assumono rilievo direttamente proporzionale alla durata del matrimonio. Solo mediante una puntuale ricomposizione del profilo soggettivo del richiedente che non trascuri l'incidenza della relazione matrimoniale sulla condizione attuale, la valutazione di adeguatezza può ritenersi effettivamente fondata sul principio di solidarietà che, come illustrato, poggia sul cardine costituzionale fondato della pari dignità dei coniugi. (artt. 2,3 e 29 Cost.)”).

Ciò rilevato, e per quanto specificamente concerne il caso in esame, va evidenziato 1) che il ricorrente è attualmente pensionato (in passato ha svolto la professione di Avvocato), e percepisce redditi da pensione pari a circa € 1.500,00 mensili netti; 2) che la resistente è anch'essa pensionata (in passato ha svolto attività imprenditoriale quale gestore di ristoranti; di recente ha anche svolto attività di assistenza di una ragazza disabile presso una famiglia savonese), e percepisce una pensione pari a circa € 530,00 mensili netti; 3) che essa risiede in Savona in un alloggio preso in locazione, per il quale corrisponde un canone di locazione mensile pari ad € 400,00; 4) che il ricorrente risiede a Napoli in un alloggio di proprietà del proprio genero, sul quale ha un diritto di abitazione; 5) che dagli atti di causa non può essere tratta alcuna prova in ordine al fatto che la resistente, in vista del matrimonio e/o nel corso della (peraltro insussistente) convivenza coniugale, abbia sacrificato le proprie aspirazioni professionali e/o le proprie aspettative di guadagno al fine di occuparsi a tempo pieno (e/o quantomeno in prevalenza) della cura della famiglia, della gestione della casa e/o della cura delle esigenze personali del marito; 6) che in particolare è del tutto inverosimile che essa abbia abbandonato l'attività di accudimento della ragazza disabile di cui sopra si è accennato in quanto indotta a ciò dal ricorrente, e ciò in quanto è pacifico in causa che essa non ha mai acconsentito alle ripetute richieste di quest'ultimo di stabilirsi a vivere da lui a Napoli (ciò che rende per l'appunto inverosimile che il marito abbia potuto convincerla a lasciare l'attività di assistenza in esame: una simile richiesta da parte del marito avrebbe infatti avuto senso solo ove la stessa fosse stata finalizzata a consentire alla resistente di trasferirsi a Napoli da lui); 7) che non vi è alcuna prova che la resistente, mediante una rinuncia alle proprie aspirazioni professionali e/o di guadagno, abbia apportato un significativo contributo alla formazione del patrimonio del coniuge (consa del tutto impossibile stante l'età dei coniugi

al momento della celebrazione del matrimonio e stante anche la durata brevissima del matrimonio medesimo); 8) che in particolare non vi è prova del fatto che lo squilibrio attualmente sussistente tra le condizioni economiche e patrimoniali delle parti sia causalmente riconducibile alla rinuncia, da parte della resistente, alle proprie aspirazioni professionali e di guadagno; 9) che la resistente è ancora in buona salute (dagli atti di causa non può infatti essere tratta la prova del contrario), e pertanto deve ritenersi verosimile che essa possa ancora svolgere attività lavorative di carattere saltuario del tipo di quella suindicata con le quali migliorare le proprie condizioni economiche (come peraltro ha fatto fino al periodo precedente alla celebrazione del matrimonio) e con cui provvedere in modo del tutto autonomo al proprio sostentamento. Conseguentemente, sulla base delle considerazioni e delle circostanze che precedono, va ritenuto che nel caso di specie non sussistano i presupposti di legge affinché possa essere riconosciuto alla resistente il diritto a percepire dal marito un assegno divorzile.

Sussistono giusti motivi, stante la natura e l'esito del giudizio, perché le spese di causa siano integralmente compensate tra le parti.

#### P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, eccezione e conclusione disattesa: pronuncia lo scioglimento del matrimonio civile contratto in Savona in data 3.10.2019 dai signori T.R. e B.G. e trascritto nei registri dello Stato Civile del Comune di N (atto numero, anno, p. II, s. C sez. G); ordina all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di N di procedere alla trascrizione della presente sentenza nella parte seconda serie C dei registri degli atti di matrimonio dell'anno corrente e di eseguire le prescritte annotazioni a margine dell'atto di matrimonio delle parti e le ulteriori incombenze di legge; dispone che le spese di causa siano integralmente compensate tra le parti (...omissis...)

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 marzo 2023, n. 739 - Giudice Unico Polichetti.

#### **RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per danni da cose in custodia - danni a terzi da incendio - incendio di immobile locato - responsabilità del proprietario - responsabilità del conduttore - ripartizione - criteri.**

(Art. 2051 c.c.)

*In caso di danni derivanti a terzi dall'incendio sviluppatosi in un immobile condotto in locazione, la responsabilità da cose in custodia ex art. 2051 c.c. si configura tanto a carico del proprietario quanto a carico del conduttore, allorché nessuno dei due sia stato in grado di dimostrare che la causa autonoma del danno subito dal terzo è da ravvisare nella violazione, da parte dell'altro, dello specifico dovere di vigilanza su di esso incombente.*

*In particolare, detta responsabilità, implicando la disponibilità giuridica e materiale del bene che dà luogo all'evento lesivo, grava sul proprietario qualora l'incendio (ed il conseguente danno recato a terzi) sia riconducibile alle strutture murarie dell'immobile ed agli impianti in esse conglobati, di cui questi conserva la custodia anche dopo la locazione; grava sul conduttore qualora l'incendio (ed il conseguente danno recato a terzi) sia riconducibile agli accessori ed alle altre parti dell'immobile, che sono invece acquisiti alla disponibilità del locatario.*

*Senza trascurare, in ogni caso, che può logicamente sussistere la concorrente responsabilità del proprietario e del conduttore qualora i pregiudizi lamentati dal terzo siano derivati non solo dal difetto di costruzione dell'impianto conglobato nelle strutture murarie, ma anche da una negligente utilizzazione di esso da parte del locatario, trattandosi di concorrenti e differenti condotte imputabili.*

(In senso conforme Cass., n. 7256/2018)

**(...Omissis...) Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.**

Oggetto del presente giudizio è la richiesta di risarcimento del danno patito dagli attori Luca ed Enrica a causa dell'incendio sviluppatosi il 12 marzo 2019 all'interno dell'immobile sito in Genova Via di proprietà del sig. Mauro (convenuto) e condotto in locazione dalla sig.ra Maria (convenuta).

Secondo la tesi attorea la responsabilità dell'evento era da attribuirsi in misura concorrente ai convenuti in quanto la causa dell'incendio - sulla quale si era indagato a mezzo di atp nel procedimento rgn. 6177/2019 - era stata ipoteticamente e secondo la tesi più accreditabile rintracciata in un'avaria dell'impianto elettrico (nella cui custodia rimaneva il proprietario del bene) senza tuttavia poter escludere le altre possibili cause indicate dai Vigili del Fuoco (sigaretta), riferibili al conduttore del bene.

I danni (non ancora indennizzati dalla compagnia assicurativa contrattualmente tenuta per il rischio incendio dell'intero edificio condominiale) e quindi rivendicati in questa sede erano così indicati (in ricorso):

- euro 8.913,77 quale controvalore degli arredi e suppellettili collocati nell'immobile di Via e andati distrutti nell'incendio, di proprietà del sig. Luca a *da riconoscersi in suo esclusivo favore*;
- euro 32.059,96 a titolo di corrispettivo versato per quota di degenza in RSA della sig.ra Enrica (avente domicilio sanitario nell'alloggio andato distrutto) da marzo 2019 a giugno 2020, e *da riconoscersi in suo esclusivo favore*;
- euro 4.316,69 per oneri corrisposti o da corrispondersi al ctu nel procedimento di atp *da riconoscersi in via solidale agli attori*;
- euro 1.281,00 per oneri corrisposti al ctp nel procedimento di atp rgn. 6177/2019 *da riconoscersi in via solidale agli attori*;
- spettanze del difensore da liquidare in base a tariffa per l'assistenza da lui prestata in fase cautelare *da riconoscersi in via solidale agli attori*.

Il convenuto Mauro, proprietario del bene dal quale era scaturito l'incendio, si è costituito rimarcando l'estrema fretta con cui gli attori avevano proceduto in giudizio, senza neppure attendere i tempi tecnici del dissequestro del bene al fine di consentire l'accesso all'immobile da parte dei periti dell'assicurazione.

Rimarcava come il sinistro (gestito dalla compagnia con la quale il Condominio in Rc aveva sottoscritto relativa polizza) era ancora in fase di liquidazione (erano già stati versati in favore dell'attore Luca euro 18.913,92 oltre oneri a titolo di costi di ripristino per danni strutturali al bene, di cui l'attore aveva dato atto nel ricorso introduttivo).

Invitava a chiarire se gli importi versati fossero stati in effetti superiori (per circa 7.919,30 rispetto a quanto dichiarato) al fine di contabilizzare correttamente le differenze rivendicate con l'odierno giudizio.

Pur non contestando il ricovero della Sig.ra Enrica (convenuta anch'essa) in RSA nell'emergenza dell'incendio, eccepiva che le rette versate a titolo di degenza della sig.ra Enrica non pote-

vano essere riconosciute nell'importo preteso perché l'immobile, come appurato in sede di atp, avrebbe potuto essere nuovamente abitato con una banale operazione di pulizia (dunque la permanenza nella casa di riposo in epoca successiva ai primi rilievi eseguiti in accertamento tecnico preventivo era evidentemente da imputare a scelta autonoma connessa alla situazione di salute della degente e all'aggravarsi del suo quadro clinico).

Chiedeva comunque di essere autorizzato alla chiamata del terzo Generali Italia spa al fine di essere tenuto indenne in caso di eventuale soccombenza.

La convenuta Maria si è costituita negando qualsivoglia propria responsabilità in ordine all'incendio, scaturito invero da un fenomeno elettrico, un surriscaldamento e/o corto circuito - da ritenersi evento eccezionale, imprevedibile ed inevitabile - in ogni caso riferibile a strutture e apparati dell'immobile su cui la conduttrice non aveva alcuna potere di custodia e vigilanza ex art. 2051 cc. e di cui permaneva il potere di controllo da parte del proprietario.

Chiedeva quindi il rigetto della domanda e contestava in ogni caso le poste di danno rivendicate.

Generali Italia spa si è costituita dando atto della copertura assicurativa derivante dalla polizza "Formula Immobili Più" n. 13297457 sottoscritta dal Condominio con la compagnia; dava atto di aver già liquidato in favore del sig. Luca euro 18.913,92 per danni all'alloggio, riservando di integrare la liquidazione con il riconoscimento dell'iva al momento della presentazione di regolare fattura, ed euro 7.920 per il mancato godimento del bene per il periodo massimo contrattualmente previsto di un anno.

Quanto alle somme rivendicate nell'odierno giudizio, Generali nel riconoscere l'operatività della polizza:

- accettava di ammettere in liquidazione la somma richiesta di euro 8.913,72 corrispondente al danno al contenuto dell'alloggio come quantificato dall'ing. Mauro Gaggero nell'ambito dell'atp;
- accettava di ammettere in liquidazione - per la garanzia rc conduzione - il rimborso delle rette pagate per il ricovero in RSA della sig.ra Enrica limitatamente al periodo per il quale l'alloggio danneggiato poteva ritenersi non abitabile (dunque per il tempo tecnico strettamente necessario alle operazioni di pulizia dai depositi di fumo e fuliggine derivati dall'incendio) già valutato in sede di atp da marzo 2019 a gennaio 2020 per un totale di euro 13.347,62 (al netto della cauzione versata dalla degente alla RSA e rimborsabile e risarcimento per mancato utilizzo dell'alloggio già corrisposto al Luca).
- Contestava per il resto le altre voci di danno specie quelle di atp e per difesa nella fase cautelare che avrebbe potuto essere evitate se solo si fosse atteso quanto meno l'esito della perizia contrattuale.

Concessi i termini ex art. 183 cpc la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 1.12.2022 senza svolgimento di attività istruttoria.

La domanda è fondata nei limiti che seguono.

È provato che l'incendio manifestatosi il 12/3/2019 alle ore 13,00 circa all'interno del unità immobiliare sita in Genova via ha provocato danni sia alle parti comuni della scala destra dello stabile sia all'int. di proprietà del sig. Luca (attore), rendendolo momentaneamente inabitabile per capillare penetrazione dei fumi, senza penetrazione diretta di fiamme (cfr. atp pag. 16, 20)

È provato che la ricorrente Enrica abitava l'appartamento allestito in presidio medico domiciliare, che è stata tratta in salvo dalla figlia ed ha dovuto emergenzialmente ricollocarsi presso una RSA affrontando i costi di relativa degenza.

Parte attrice Luca ha dato atto che con memoria ex art. 183 comma 6 n. 1 c.p.c. del versamento medio tempore intervenuto in suo favore dell'importo di euro 8.913,77 e ha rinunciato quindi alla corrispondente pretesa (*“lo scorso 19/5 Generali ha bonificato all'Esponente Luca i prefati ottomilaneovecento e rotti, onde è cessata, al riguardo, la materia del contendere”*). L'oggetto del contendere riguarda, dunque, l'accertamento della responsabilità in ordine alle rimanenti poste risarcitorie azionate e corrette (anche rispetto alla titolarità attiva) in sede di precisazioni definitive (euro 32.059,96 a titolo di corrispettivo versato per quota di degenza in RSA della sig.ra Enrica *da riconoscersi a suo esclusivo favore*; euro 4.316,69 per oneri corrisposti dal solo attore Luca al ctu nel procedimento di atp e *da riconoscersi a suo esclusivo favore*; euro 1.281,00 per oneri corrisposti dal solo attore Luca al ctp nel procedimento di atp rgn. 6177/2019 e *da riconoscersi a suo esclusivo favore*; spettanze del difensore da liquidare in base a tariffa per l'assistenza da lui prestata in fase cautelare *da riconoscersi in via solidale agli attori*).

La responsabilità in ordine al fatto deve essere appurata sul base del materiale probatorio depositato.

Agli atti è prodotta la relazione dei VVFF, documentazione fotografica e relazione di atp a firma prof. Ing. Mauro Gaggero.

Secondo quanto risulta dal verbale dei VVFF l'incendio si sarebbe sviluppato a partire dall'ingresso per poi estendersi all'intero appartamento e principalmente nella camera adiacente l'ingresso.

La presenza di notevoli quantitativi di materiale combustibile (scatoloni di cartoni contenenti indumenti) concomitante con l'apertura di porta caposcala e finestre ha fatto sì che l'incendio raggiungesse proporzioni notevoli con fuoriuscita di fiamme dalle finestre sia dell'ingresso che della camera adiacente ed interessamento anche degli appartamenti int. 15 e int. 16, quest'ultimo soprastante quello dell'incendio.

Al momento del fatto nell'appartamento soprastante si trovavano il sig. Giuseppe, le sue due figlie, Liliana Federica e Nadia, e i suoi tre nipoti.

Dalla dichiarazioni spontanee raccolte risulta che il sig. Giuseppe si trovava nella propria camera da letto con i due nipoti più grandi (Yassire e Otman); la sig.ra Liliana Federica in cucina (cfr. referto Istituto Giannina Gaslini) e Nadia nella sua stanza (con il figlio di un mese).

Secondo quanto dichiarato dalla figlia della Sig.ra Liliana Federica, prima ad accorgersi del fatto, l'incendio sarebbe nato e si sarebbe sviluppato nell'ingresso dell'appartamento sottostante condotto in locazione dalla Signora Maria, tra numerosi cartoni contenenti indumenti depositati sul pavimento.

Ella avrebbe quindi avvertito il padre Giuseppe che si trovava nella camera matrimoniale adiacente all'ingresso il quale, preso uno straccio, cercava di spegnere le fiamme. Non riuscendovi apriva le finestre e la porta caposcala facendo uscire le due figlie ed i loro tre bambini.

In ordine alle possibili cause, nella relazione dei VVFF veniva riportato che *“Tra i residui combusti esaminati a vista non si è riscontrata la presenza di dispositivi collegati alla rete elettrica tuttavia non si escludono falsi contatti elettrici che a ridosso con la notevole quantità di materiale combustibile accatastata possano aver innescato l'incendio. Non si esclude neppure la possibilità che una sigaretta sia caduta sopra uno dei cartoni sopra citati tenuto conto come da S.I.T. che entrambe le figlie del Giuseppe sono fumatrici”*.

Appare evidente che la causa di possibile innesco sia stata attribuita dai VVFF, in via del tutto ipotetica, ad una sigaretta sulla base del solo dato che due degli occupanti (oltre la convenuta Signora Maria) fossero fumatori.

Tuttavia l'affermazione del nesso causale, da un punto di vista giuridico, passa attraverso l'indagine, come è noto, della causa più probabile.

In tema di illecito civile, infatti, il nesso di causalità materiale va accertato secondo il criterio del “più probabile che non”, indicando esso la misura della relazione probabilistica concreta tra condotta ed evento danno (Cassazione civile sentenza 20 febbraio 2018 n. 4020). In altri termini:

1. Il nesso di causa tra un condotta illecita e un danno può essere affermato non solo quando il secondo sia stato una conseguenza certa della prima, ma anche quando ne sia stato una conseguenza ragionevolmente probabile.

2. La ragionevole probabilità che quella causa abbia provocato quel danno va intesa non in senso statistico, ma logico: cioè non in base a regole astratte, ma in base alle circostanze del caso concreto.

3. Ciò vuol dire che anche in una causa statisticamente improbabile può ravvisarsi la genesi del danno, se tutte le altre possibili cause fossero ancor più improbabili, e non siano concepibili altre possibili cause.

A tale proposito deve tenersi conto che:

- nessuno era presente nel locale ingresso al momento del fatto né è provato che vi avesse da poco transitato;

- la sig.ra Liliana (conduttrice dell'immobile soprastante a quello dove si è verificato l'incendio) ha affermato che le due sorelle erano solito fumare solo sul balcone (e la circostanza appare credibile tenuto conto della presenza di minori di età in casa);

- il locale in cui si è sviluppato l'incendio era dotato di prese elettriche: invero la zona dove il Giuseppe ha dichiarato di aver visto le fiamme (zona a sinistra di fronte all'ingresso) era priva di prese elettriche ma esse risultavano collocate a destra della porta caposcala, cfr. ctu pag. 32;

- il sig. Giuseppe ha dichiarato ai VVFF che nessun dispositivo elettrico era presente in loco ma in sede di ctu il sig. Giuseppe ha dichiarato che nell'ingresso in corrispondenza della parete tra porta di ingresso e finestra era presente un televisore non acceso ma alimentato (il ctu, in una foto fornita dal CTP Oliva, ha in effetti osservato alcuni resti del televisore, cfr ctu pag.33);

- inoltre, osservando alcune fotografie scattate dai Vigili del Fuoco il giorno dell'incendio, il ctu ha verificato che nella zona indicata dal Giuseppe sono rimasti ancora alcuni residui incombusti difficilmente presenti se le fiamme avessero avuto origine in quel punto, per poi propagarsi altrove.

Sulla scorta di quanto osservato, la causa indicata dal ctu come plausibile (*“lo scrivente ritiene plausibile che la causa dell'innescato dell'incendio sia da attribuire ad un fenomeno elettrico (surriscaldamento e/o corto circuito)”*) appare decisamente più probabile di quella non espressamente esclusa (*“pur non escludendo altre cause come indicato dai Vigili del Fuoco”*), ovvero il mozzicone di sigaretta.

Del resto parte attrice ha invocato la responsabilità solidale del proprietario (nella sua specifica veste di custode della res muraria e dell'impiantistica) e del conduttore (per ciò che attiene genericamente la violazione degli obblighi di vigilanza su di lui incombenti, in relazione alla fruizione del bene) dando per assodata l'impossibilità di dimostrare che la causa autonoma del danno fosse riferibile all'uno piuttosto che all'altro (cfr. ricorso introduttivo pag. 5) ed ha citato a tale

proposito il principio di diritto espresso da Cassazione 27 novembre 2014 n. 25503 (“*in caso di danni derivanti a terzi dall’incendio sviluppatosi in un immobile condotto in locazione, la responsabilità per danno cagionato da cose in custodia si configura a carico sia del proprietario che del conduttore allorché nessuno dei due sia stato in grado di dimostrare che la causa autonoma del danno subito dal terzo è da ravvisare nella violazione, da parte dell’altro, dello specifico dovere di vigilanza ad esso incombente*”).

Tuttavia che l’incendio sia da porre in relazione con la fruizione di un accessorio rimesso nell’esclusiva disponibilità del conduttore o con una fruizione colposa del bene da parte dello stesso (vedi mozzicone di sigaretta) non è mai stato seriamente accertato mentre che l’incendio sia da imputarsi ad un fenomeno elettrico (per verosimile anomalia o difetto dell’impianto) è circostanza assai probabile e plausibile.

Secondo la condivisibile giurisprudenza di legittimità, poiché la responsabilità ex art. 2051 c.c., implica la disponibilità giuridica e materiale del bene che dà luogo all’evento lesivo, al proprietario dell’immobile locato sono riconducibili in via esclusiva i danni arrecati a terzi dalle strutture murarie e dagli impianti in esse conglobati, di cui conserva la custodia anche dopo la locazione, mentre grava sul solo conduttore la responsabilità per i danni provocati a terzi dagli accessori e dalle altre parti dell’immobile, che sono acquisiti alla sua disponibilità (Cass., 27/10/2015, n. 21788).

La Cassazione (sentenza n. 7256/2018) ha precisato che può logicamente sussistere la responsabilità sia del proprietario dell’immobile che del conduttore solo quando i pregiudizi siano derivati non solo dal difetto di costruzione dell’impianto conglobato nelle strutture murarie, ma anche da una negligente utilizzazione di esso da parte del conduttore (Cass., 09/06/2016, n. 11815, in un caso di danni cagionati da un difetto dell’impianto idraulico e da un cattivo uso della connessa caldaia fatto dal conduttore).

Ciò in quanto le condotte imputabili sono differenti.

Ma nella fattispecie qui in scrutinio, l’evento causale accertato come realmente plausibile è unico, è quello relativo al fenomeno elettrico.

Ne consegue che essendo il locatore, in qualità di proprietario dell’immobile, l’unico a conservarne la disponibilità giuridica e la materiale custodia, sia per quanto riguarda le strutture murarie, sia per ciò che concerne gli impianti, l’obbligo di vigilanza sullo stato di conservazione e sull’efficienza degli stessi e la conseguente responsabilità, in caso di difetti, dei danni arrecati a terzi grava esclusivamente su di lui ex art. 2051 c.c. (cfr. Corte di Cassazione con sentenza n. 13881 del 2010).

Dunque la responsabilità dell’evento deve essere esclusivamente imputata al sig. Mauro in qualità di proprietario dell’immobile dal quale è promanato l’incendio il quale ha diritto ad essere tenuto indenne da Generali Italia spa (che mai ha contestato l’operatività della polizza) di quanto tenuto a versare in favore degli attori a titolo di danno.

A tale proposito si osserva che:

- la sig.ra Enrica ha cristallizzato la propria pretesa risarcitoria in € 32.059,96 per spese di degenza in RSA (si tratta del costo delle rate versate nella struttura ove si è trasferita dopo l’incendio per il periodo da marzo 2019 a giugno 2020 : docc. 13 - 15 allegate con il ricorso introduttivo);
- che ella abitasse l’appartamento in presidio medico domiciliare al momento del fatto e sia stata tratta in salvo dalla figlia è fatto storico non contestato;
- tutto l’appartamento è stato invaso dal fumo dell’incendio

che è andato a ricoprire le superfici esposte all’aria ed anche l’interno di alcuni mobili soprattutto armadi contenenti vestiario. Non sono stati riscontrati danni alla struttura dell’immobile né a mobili se non la copertura di fuliggine (cfr ctu pag. 20);

- la relazione medico legale prodotta dal Dott. Lomi che è stata allegata alla relazione di ctu sulla dinamica del sinistro riporta la seguente conclusione: “*I dati in nostro possesso ci consentono di affermare che, quando dovette abbandonare la propria abitazione (12/03/2019), la Sig.ra Enrica necessitava di assistenza continuativa (sulle 24 ore). Questa assistenza avrebbe potuto essere erogata al domicilio da parte di parenti conviventi, se necessario coadiuvati da una badante, oppure, in idonei locali, da almeno 4 badanti che ruotassero in turni. L’alternativa del ricovero in una struttura sociosanitaria appare pienamente giustificata dalle condizioni cliniche dell’epoca e, per quanto è possibile comprendere dalla documentazione clinica esaminata, le condizioni di salute sono peggiorate, quantomeno per quanto riguarda l’equilibrio e la deambulazione. Considerando l’evolutivezza delle patologie degenerative documentate, non abbiamo ragioni cliniche per ipotizzare un miglioramento*”;

- dunque che l’incendio si sia posto a causa del trasferimento è evidente (perché fino a quel giorno la sig.ra Enrica viveva all’interno dell’appartamento); che non vi fosse l’urgenza di essere trasferita in una RSA è comprovato (perché la Enrica, pur necessitando di assistenza, h 24 poteva ancora essere curata al domicilio); che le condizioni di salute della donna siano andate poi incontro ad un progressivo peggioramento è documentato. Pertanto l’an della pretesa risarcitoria è provato; rispetto al quantum deve essere adeguatamente valorizzato il dato che la permanenza della Enrica nella struttura residenziale si è ad un certo punto imposta come soluzione di maggior convenienza (altrimenti ella avrebbe potuto optare per altra e diversa soluzione abitativa ed invece ivi è rimasta);

- il danno può essere dunque correttamente parametrato in base al costo della retta sopportato. Tuttavia deve tenersi conto, ai fini della quantificazione, di un lasso temporale ragionevole. Parte attrice deduce, a tale proposito, che solo allorché Generali ha sbloccato la somma necessaria per provvedere ai ripristini, a quattro mesi di distanza dal deposito della ctu, era possibile in concreto rendere agibile l’appartamento. Tuttavia tale impostazione non tiene conto di quelli che sarebbero stati i tempi di ragionevole permanenza nell’immobile da parte della Enrica, in rapporto alle sue condizioni di salute. Anche laddove Generali avesse, infatti, immediatamente messo a disposizione gli importi dovuti e fossero stati eseguiti i lavori (“*Come già riportato al precedente punto 3.3.2 i danni all’immobile sono da ascrivere solo alla presenza di fumo e fuliggine che si è depositata su pareti, soffitti, pavimenti e arredamento. Gli interventi necessari pertanto riguardano una pulizia preliminare di tutte le superfici, applicazione di prodotti specifici di preparazione per la successiva applicazione di coloriture e/ o lucidature di superfici*”, cfr ctu pag. 25, 26, 27) non si ritiene che la Enrica sarebbe rimasta nell’alloggio fino a giugno 2020. La proposta di liquidazione valorizzata dal ctu, cui parte convenuta Generali ha sostanzialmente aderito (che ha considerato il periodo da marzo 2019 a gennaio 2020, data di deposito dell’elaborato), si ritiene invero più che congrua. Si tratta di undici mensilità che appaiono più che adeguate per compensare il danno strettamente correlato all’uso del bene che si ritiene sarebbe stato ancora ragionevolmente fatto dall’occupante, anche nell’ipotesi in cui i lavori di ripristino fossero stati immediati;

- a titolo di rette di degenza è dunque dovuto l’importo di

euro 20.607,62 (già detratto il deposito cauzionale recuperabile, cfr. ctu pag. 44) con interessi e rivalutazione monetaria dalla data dei singoli esborsi al saldo;

- da tale importo non può essere portato in detrazione quanto riconosciuto dall'assicurazione in favore del sig. Luca a titolo di mancato godimento del bene per il periodo massimo contrattualmente previsto di un anno (euro 7.920,00): questo perché la garanzia assicurativa ha coperto eventi di rischio differenti per danni cagionati a persone fisiche differenti (in un caso il danno cagionato all'assicurato Luca per l'evento "incendio"; nell'altro il danno cagionato dall'assicurato Mauro in danno del terzo Enrica per evento rc "conduzione");

- sono altresì dovuti in favore dell'attore Luca: euro 4.316,69 per oneri corrisposti al ctu nel procedimento di atp rgn. 6177/2019; euro 1.281,00 per oneri corrisposti al ctp nel procedimento di atp rgn. 6177/2019 (trattasi di oneri che la parte anticipatrice può recuperare nel giudizio di merito, come spese che confluiscono in quelle di lite afferenti a quest'ultimo, nei limiti della soccombenza);

- sono infine dovuti in favore di entrambi gli attori le spettanze del difensore per la fase cautelare che possono essere liquidate, secondo, la tariffa applicabile *ratione temporis*, in euro 2.225,00 oltre 15% per rimborso spese generali iva e cpa (trattasi di onere necessariamente sostenuto stante la indispensabilità dell'accertamento tecnico al fine di appurare le cause del sinistro e l'ammontare dei danni).

Il tutto con rivalutazione monetaria ed interessi dalla data dei singoli esborsi (e dalla domanda quanto ai compensi legali liquidati per la fase cautelare) al saldo.

Le spese di lite sopportate da parte attrice, liquidate in base a tariffa (Giudizio di cognizione avanti il Tribunale, scaglione da euro 26.000,00 ad euro 52.000,00, importi minimi per ciascuna fase, tenuto conto che il danno liquidato si attesta sul minimo della forbice tabellare e che a livello istruttorio sono state depositate solo le memorie senza svolgimento di ulteriore attività) devono essere poste a carico di parte convenuta Mauro per soccombenza.

Generali Italia spa deve tenere indenne il proprio assicurato dei relativi importi liquidati.

Le spese di lite sopportate da parte convenuta Maria, liquidate

in base a tariffa (Giudizio di cognizione avanti il Tribunale, scaglione da euro 26.000,00 ad euro 52.000,00, importi minimi per ciascuna fase, ridotti del 30% per l'esiguità delle difese), devono essere poste a carico di parte attrice per soccombenza.

Le spese di lite tra chiamante Mauro Panzeri e chiamato Generali Italia spa, inerenti il rapporto di garanzia, restano compensato per il comune interesse e la sostanziale identità delle difese spese in giudizio.

#### P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

accerta e dichiara l'esclusiva responsabilità del sig. Mauro in ordine ai fatti di cui è causa e, per l'effetto, lo dichiara tenuto e condanna a versare, a titolo di risarcimento del danno: in favore della sig.ra Enrica euro 20.607,62 con interessi e rivalutazione indicate in parte motiva; in favore del sig. Luca euro 4.316,69 per oneri corrisposti al ctu nel procedimento di atp rgn. 6177/2019; euro 1.281,00 per oneri corrisposti al ctp nel procedimento di atp rgn. 6177/2019; in favore del sig. Luca e Enrica in solido tra loro euro 2.225,00 oltre 15% per rimborso spese generali iva e cpa a titolo di spettanze del difensore per la fase cautelare, con rivalutazione ed interessi come indicati in parte motiva; in accoglimento della domanda di garanzia svolta dal convenuto Mauro, dichiara tenuta e condanna Generali Italia spa a tenere indenne il sig. Mauro di quanto questi è tenuto a versare in favore degli attori a titolo di risarcimento del danno in forza della presente sentenza; rigetta ogni altra e diversa domanda; condanna la parte convenuta Mauro a rimborsare agli attori in solido le spese di lite, che si liquidano in € 3.809,00 per compenso professionale, oltre i.v.a., c.p.a. e 15 % per spese generali; dichiara tenuta e condanna Generali Italia spa a tenere indenne il sig. Mauro di quanto questi è tenuto a versare in favore degli attori a titolo di spese legali in forza della presente sentenza; condanna gli attori in solido a rimborsare alla convenuta Maria le spese di lite, che si liquidano in € 2.666,20 per compenso professionale, oltre i.v.a., c.p.a. e 15 % per spese generali; compensa le spese tra Mauro e Generali Italia spa.

(... *Omissis*...)

# Massimario

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 10 maggio 2023, n. 1097 - Giudice Unico Cazzato.

**APPALTO - appalto d'opera - vizi dell'opera - responsabilità dell'appaltatore - diligenza qualificata - progetto altrui - progetto predisposto dal committente - obbligo di controllo e correzione - errori progettuali - obbligo di segnalazione - sussiste.**

(Artt. 1176, comma 2, e 1655 e ss. c.c.)

**RESPONSABILITÀ civile - responsabilità solidale - unicità del fatto dannoso - condotte di più persone - autonoma - nesso di causalità - necessità.**

(Art. 2055 c.c.)

*In tema di contratto di appalto, la diligenza qualificata ex art. 1176, comma 2, c.c., che impone all'appaltatore (sia egli professionista o imprenditore) di realizzare l'opera a regola d'arte, impiegando le energie ed i mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili in relazione alla natura dell'attività esercitata, onde soddisfare l'interesse creditorio ed evitare possibili eventi dannosi, rileva anche se egli si attenga alle previsioni di un progetto altrui.*

*Donde, anche qualora sia stato il committente a predisporre il progetto e a fornire le indicazioni per la sua realizzazione, l'appaltatore risponde dei vizi dell'opera se, fedelmente eseguendo il progetto e le indicazioni ricevute, non ne segnali eventuali carenze ed errori, il cui controllo e correzione rientra nella sua prestazione; per converso, l'appaltatore va esente da responsabilità ove il committente, pur edotto di tali carenze ed errori, richieda di dare egualmente esecuzione al progetto o ribadisca le indicazioni, riducendo così l'appaltatore a proprio mero nudus minister, direttamente e totalmente condizionato dalle istruzioni ricevute senza possibilità di iniziativa o vaglio critico.*

(In senso conforme Cass., n. 1981/2016)

*Ai fini della sussistenza della responsabilità solidale ex art. 2055, comma 1, c.c., la norma prende in esclusiva considerazione l'unicità del fatto dannoso, riferendola unicamente al danneggiato e senza intenderla come identità delle norme giuridiche violate dagli autori dell'illecito; donde, per aversi responsabilità solidale è sufficiente che il fatto dannoso sia imputabile alle condotte di più persone, a nulla rilevando che tali condotte siano fra loro autonome e ricollegabili a diversi i titoli di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale.*

*Piuttosto, la solidarietà dipende dall'accertamento del nesso di causalità tra le diverse condotte e l'evento lesivo, caso per caso, onde verificare che nessuna di tali condotte abbia avuto efficienza causale determinante ed assorbente, tale da escludere il nesso eziologico tra l'evento e le altre, che sarebbero dunque ridotte al semplice rango di occasioni.*

(In senso conforme Cass., Sez. Un., 13143/2022)

MI.F.

Tribunale di Savona, 27 marzo 2023, n. 24, Est. Ferretti.

**COMPOSIZIONE negoziata della crisi - procedimento relativo alle misure protettive e cautelari ex art. 19 D. Lgs. 14/2019 - natura cautelare del procedimento.**

(Art. 19 D. Lgs. 14/2019 CCII)

**COMPOSIZIONE negoziata della crisi - procedimento relativo alle misure protettive e cautelari ex art. 19 D. Lgs. 14/2019 - conferma o revoca delle misure protettive - requisiti del fumus boni iuris e del periculum in mora.**

(Art. 19 D. Lgs. 14/2019 CCII)

**COMPOSIZIONE negoziata della crisi - procedimento relativo alle misure protettive e cautelari ex art. 19 D. Lgs. 14/2019 - conferma o revoca delle misure protettive - requisito del fumus boni iuris - accertamento dell'obiettivo del risanamento aziendale**

(Art. 19 D. Lgs. 14/2019 CCII)

**COMPOSIZIONE negoziata della crisi - procedimento relativo alle misure protettive e cautelari ex art. 19 D. Lgs. 14/2019 - conferma o revoca delle misure protettive - accertamento dell'obiettivo del risanamento aziendale - natura e criteri di valutazione.**

(Art. 19 D. Lgs. 14/2019 CCII)

**COMPOSIZIONE negoziata della crisi - procedimento relativo alle misure protettive e cautelari ex art. 19 D. Lgs. 14/2019 - conferma o revoca delle misure protettive - requisito del periculum in mora.**

(Art. 19 D. Lgs. 14/2019 CCII)

**COMPOSIZIONE negoziata della crisi - procedimento relativo alle misure protettive e cautelari ex art. 19 D. Lgs. 14/2019 - conferma o revoca delle misure protettive - requisito del periculum in mora - profili di valutazione.**

(Art. 19 D. Lgs. 14/2019 CCII)

*Stante la natura cautelare del procedimento ex art. 19 D. Lgs. 14/2019, la verifica circa la sussistenza dei requisiti del fumus boni iuris e del periculum in mora è condotta con cognizione sommaria.*

*Le misure protettive sono strumentali e finalizzate ad assicurare il perseguimento dell'obiettivo del risanamento aziendale, mettendo il patrimonio dell'imprenditore al riparo da iniziative che possano pregiudicare il risanamento dell'impresa, giustificando in tal modo la compressione della tutela dei creditori che intendessero agire in via esecutiva.*

*La conferma delle misure protettive è subordinata all'accertamento di una razionale e concretamente attuabile prospettiva di risanamento aziendale, seppure sulla base di una cognizione sommaria delle informazioni disponibili allo stato dei fatti e delle preliminari verifiche operate dall'esperto designato.*

*L'accertamento della concreta prospettiva di risanamento aziendale è rapportato alla condizione economico finanziaria dell'impresa, pertanto nell'ipotesi che essa versi in uno stato di insolvenza, rendendo obiettivamente più difficile il raggiungimento dell'obiettivo, l'accertamento della serietà e fattibilità del piano sarà necessariamente più rigoroso.*

*Il periculum in mora è individuato nel rischio che l'obiettivo del*

*risanamento aziendale potrebbe subire, pregiudicando il buon esito delle trattative, ove le misure cautelari richieste non venissero adottate.*

*Il periculum in mora è valutato con riferimento alla conduzione delle trattative in corso che deve essere intrattenuta in buona fede ed assicurando ai creditori una corretta e completa informazione, nell'ottica della funzionalità delle misure protettive rispetto al buon esito delle trattative avviate per il risanamento dell'impresa e nel rispetto degli opposti interessi affinché le misure adottate a tutela dell'impresa non risultino sproporzionate per il pregiudizio arrecato ai creditori.*

P.MO.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 21 dicembre 2022 - Giudice Unico Bianchi.

**CONTRATTI e obbligazioni della pubblica amministrazione - contratto finanziario derivato "IRS" - contratto aleatorio - incidenza sui successivi bilanci dell'Ente - Ente comunale - autorizzazione Consiglio comunale - nullità - necessità.**

(Art. 1418 c.c.; art. 42, comma 2, lett. i) del D. Lgs. n. 267/2000)

*Qualora l'Ente comunale sottoscriva un contratto finanziario derivato del tipo "IRS" (interest rate swap), trattandosi di contratto intrinsecamente aleatorio poiché comporta l'assunzione di obblighi finanziari che con ogni probabilità graveranno sugli esercizi successivi dell'Ente, e che in quanto tale è suscettibile di incidere sull'entità globale dell'indebitamento del Comune, l'operazione economica deve essere autorizzata dal Consiglio comunale, a pena di nullità della pattuizione conclusa; peraltro, la ristrutturazione del debito va accertata considerando l'operazione nel suo complesso, comprendendo - per il principio di trasparenza della con-*

*tabilità pubblica - anche i costi occulti che gravano sulla concreta disciplina del rapporto di swap.*

(In senso conforme Cass., Sez. Un., n. 8770/2020)

MI.F.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 20 luglio 2022 - Pres. Pellegrini - Rel. Corvacchiola.

**FILIAZIONE - figli minori - regime di affido e collocamento - determinazioni del giudice - preminente interesse dei figli - bigenitorialità - tutela dai conflitti genitoriali - criteri.**

(Art. 333 c.c.; art. 709 ter c.p.c.)

*Le determinazioni del giudice di merito riguardanti il regime di affido, collocamento e visita tra genitori e figli minori, oltre che l'adozione di ogni altro provvedimento ritenuto necessario ai sensi degli artt. 333 c.c. e 709 ter c.p.c., devono sempre essere orientate alla tutela del preminente interesse dei figli ad una crescita equilibrata nel rapporto con entrambi i genitori ed a preservare con gli stessi una relazione continuativa e paritetica; interesse da contemperare con l'ulteriore esigenza - altrettanto importante - di evitare che i figli vengano coinvolti nel conflitto e nelle tensioni genitoriali, atteso che tale esigenza, se non soddisfatta, è suscettibile di ripercuotersi negativamente sui minori stessi, comportando un grave rischio di tracollo psicologico.*

*Donde, anche alla luce dell'importanza del ruolo genitori e dell'obbligo di questi ultimi di collaborare nel preminente interesse dei figli minori a conservare una piena bigenitorialità, il giudice di merito ben può prescrivere ai genitori di collaborare nel piano genitoriale, invitandoli a scindere il loro conflitto interpersonale dai profili di gestione dei compiti genitoriali.*

MI.F.

# Documenti

## *Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà).*

**Guido Alpa**

Ordinario di Diritto civile  
nell'Università di Roma "La Sapienza"

**Sommario:** 1. *Le recenti sentenze della Corte di Cassazione.* - 2. *Eziologia del "danno".* - 3. *Il danno presunto.* - 4. *La lesione dei diritti fondamentali della persona e la prova del danno.* - 5. *La lesione del diritto di proprietà e la prova del danno.*

### 1. Le recenti sentenze della Corte di Cassazione.

Tre recenti sentenze della Suprema Corte in materia di risarcimento del danno costituiscono una occasione straordinaria per la riflessione dei giuristi sull'uso delle categorie dogmatiche, sulle addizioni dell'interprete ai testi normativi attraverso le tecniche dell'interpretazione e sulla definizione degli orientamenti applicativi delle disposizioni del codice civile. L'ordinanza della Terza sezione, del 17 gennaio 2022, n. 1162, in tema di risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale per occupazione parziale illegittima di un fabbricato ha rimesso la questione, per ragioni nomofilattiche, al Primo Presidente, per l'eventuale esame delle Sezioni Unite, dopo aver ricostruito gli orientamenti contrastanti della giurisprudenza in materia, consapevole del proprio orientamento volto ad escludere nelle fattispecie similari il risarcimento del danno in re ipsa. Pur ammettendosi presunzioni di prova relative al detrimento subito dal proprietario per l'occupazione illegittima del suo fondo da parte della pubblica Amministrazione (1) si ritiene che il danneggiante debba comunque precisare nella domanda l'entità del danno risentito. Per parte sua, l'ordinanza della Seconda sezione, dell'8 febbraio 2022, n. 3946 ha rimesso gli atti al Primo Presidente sulla base di una diversa fattispecie, ma sempre in tema di risarcimento del danno per occupazione *sine titulo*: la società proprietaria-venditrice di un immobile dotato di aree adibite al parcheggio ne rivendicava la proprietà nei confronti del condominio che aveva utilizzato gli spazi a vantaggio dei condomini; la proprietà era stata riconosciuta dalla Corte d'Appello, a cui la vicenda era stata sottoposta a seguito di rinvio, in capo alla società costruttrice, ma non il risarcimento del danno *in re ipsa* richiesto dalla società.

Le Sezioni Unite, con la sentenza del 15 novembre 2022 n. 33645 hanno accolto il ricorso della società costruttrice ed enunciato i seguenti principi di diritto:

"nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta";

"nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chieda il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con va-

lutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato";

"nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, quale quello che, in mancanza dell'occupazione, egli avrebbe concesso il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o che lo avrebbe venduto ad un prezzo più conveniente di quello di mercato".

Questi provvedimenti hanno già offerto lo spunto per elaborati commenti, che seguono metodi di ricerca diversi e conducono a conclusioni non univoche (2): si discute sulla attualità e utilità della distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, sulla ammissibilità del danno in re ipsa, sulla duplicità causale (causalità materiale e causalità giuridica) quale criterio selettivo dei danni, e sull'onere della prova gravante sul danneggiato.

La problematica riguarda la lesione del diritto di proprietà, e il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale che da essa discende, ma si può estendere, attesi i presupposti teorici sui quali si fonda il ragionamento delle Sezioni Unite, alla questione generale della risarcibilità del danno *in re ipsa*.

### 2. Eziologia del "danno".

Per dare una risposta alle questioni, occorre innanzitutto muovere dal testo dell'art. 2043 cod. civ. e dalle addizioni degli interpreti che fin dall'inizio della sua applicazione vi hanno apportato, dividendo in molti rivoli gli orientamenti e quindi le soluzioni dei problemi pratici ai quali la disposizione dovrebbe dare soluzione. Credo che l'art. 2043 possa costituire una interessante palestra di discussione e una riprova del fatto che le regole interpretative disposte dall'art. 12 delle preleggi - interpretazione letterale, interpretazione teleologica, interpretazione analogica - non sono sufficienti a risolvere le questioni (3), né riflettono il comportamento dei giuristi; mi sembra anche che se si adotta il metodo gius-realistico integrato dal metodo gius-ermeneutico della "precomprensione" sia possibile pervenire ad una soluzione più lineare e persuasiva di quella escogitata dalle Sezioni Unite, anche se ad essa pur sempre omologa.

Ogni parola di cui si compone l'art. 2043 è stata esaminata con cura e ad essa si è attribuito un significato specifico; nel corso dei decenni i significati però sono cambiati. Questa constatazione taglia in radice ogni argomento che i giuristi formalisti utilizzano per sostenere che l'interprete nulla aggiunge (o addirittura, nulla può aggiungere) al testo normativo, non "attribuisce" ma piuttosto "scopre" il suo significato scavando nei meandri del testo, non si arroga un compito che la divisione dei poteri non gli riconosce. (4) Al contrario, il testo legislativo non è il punto di arrivo, ma il punto di partenza per l'attività dell'interprete, che non è "maieutica" ma attributiva, e non si pone il problema della divisione dei poteri, perché l'interprete trova il testo come approvato dal legislatore, ma poi lo manipola secondo le regole oggettive dell'interpretazione, sia quelle stabilite dallo stesso legislatore, sia quelle proprie del procedimento interpretativo in senso proprio.

Nel confezionare il testo dell'art. 2043, come si sa, il legislatore del 1942 ha insistito sui "fatti" illeciti anziché sugli "atti", ha

aggiunto il termine “ingiusto” al termine danno, ha eliminato la distinzione fumosa ed incerta tra delitti e quasi-delitti, ed ha apportato altre innovazioni al testo del codice previgente, contemplando il risarcimento del danno morale (seppur inteso in senso restrittivo, collegato all’art. 185 cod. pen., e in senso soggettivo) e creando un collegamento con gli artt. 1223 ss. sul quantum del risarcimento del danno. (5)

Soffermiamoci innanzitutto sul termine “danno”. Il testo sul quale è ricalcato, “scendendo per li rami” dai suoi archetipi, l’art. 2043, è l’art. 1382, con cui originariamente il Code Napoléon apriva la disciplina della responsabilità civile: quell’articolo - ora ripreso letteralmente e senza modificazioni dall’art. 1240 Code civil, a seguito della riforma delle obbligazioni del 2016 (6) - recita: «Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel est arrivé à le réparer».

Quel testo è stato tradotto in italiano nel 1806, quando il Code Napoléon è entrato in vigore nel Viceregno d’Italia, con la formula: «Qualunque fatto dell’uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno».

La traduzione avrebbe potuto essere diversa, e, in modo più fedele al testo francese, ma forse meno elegante, avrebbe potuto evitare di ripetere due volte il termine “danno” dicendo: «Qualunque fatto dell’uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcirlo. Si intendeva facilmente che il pronome indicativo “lo” si riferiva al danno e non al fatto, ma tant’è, la traduzione ufficiale ha ripetuto due volte il termine “danno”.

La ripetizione è stata traslata nel Codice Albertino, che ricalca la formula parola per parola (art. 1500), e nell’art. 1151 del Codice civile del 1865; la medesima formula riecheggia nel Codice civile vigente. Il danno però originariamente era inteso in senso unitario, in quanto composto dalla lesione del diritto (o dell’interesse giuridicamente protetto, come a seguito della proposta interpretativa di Stefano Rodotà del 1964 ormai si ritiene senza dubbi di sorta) e dalle conseguenze della lesione, di carattere patrimoniale o di carattere morale. Non c’era nel testo né (i) la distinzione danno-evento /danno-conseguenza, né (ii) si evidenziava un duplice significato di danno (lesione, detrimento). Duplicazione delle fasi e duplicazione dei significati sono frutto di addizioni degli interpreti.

Basta seguire Laurent, uno dei commentatori più noti in Italia, data la sua chiarezza, per convincersene: «Il fatto, perché possa costituire un delitto o quasi-delitto - egli dice - deve essere dannoso. È questo un requisito essenziale tanto del delitto quanto del quasi-delitto, come dichiara l’art. 1382» (7). E Chironi, in epoca coeva, scrive proprio in apertura del suo diffusissimo trattato sulla colpa (8): «Qualunque fatto, inducente la violazione di un dovere che abbia la sua ragion di essere nella legge, è fatto illecito e l’agente deve rispondere per via di rapporto speciale, quando all’elemento oggettivo, ch’è l’atto commesso ingiustamente (*non iure*) sia unito il soggettivo, lo stato cioè particolare dell’animo suo in relazione all’ingiuria data. L’atto allora non soltanto è ingiusto, ma colposo: e da esso deriva all’offeso un rimedio volto ad ottenere il risarcimento del pregiudizio sofferto...».

Consideriamo ancora i manuali più diffusi, sui quali si è formata la cultura giuridica degli avvocati e dei giudici dei primi del Novecento.

Brugi svolge un ampio discorso sull’atto illecito e sulle sue componenti, ma non insiste sulla nozione di danno, essendo piuttosto interessato a definire i casi in cui la responsabilità viene imputata per colpa o per rischio professionale (9).

Venzi, in modo pratico, considera il danno come componente necessaria dell’atto illecito, inteso come la violazione cosciente di un diritto, esclude la risarcibilità del danno morale, lo qualifica come diminuzione del patrimonio (10).

De Ruggiero (11), in modo limpido, precisa: «delitto civile non va se non v’abbia danno. È indifferente che questo sia al patrimonio o ad altri beni della persona come sono quelli immateriali; danno è pur sempre, e risarcibile, l’offesa all’onore, la percossa, l’ingiuria, perché basta il turbamento arrecato dall’atto illecito alle relazioni psichiche, alla tranquillità, ai sentimenti, agli affetti d’una persona per produrre una minorazione nel godimento del diritto rispettivo».

Pacchioni segue una via più tortuosa: considera l’atto illecito non la violazione di un diritto altrui, ma un duplice dovere: il dovere di astenersi dal mettere in pericolo un diritto altrui e il dovere di comportarsi correttamente nella vita sociale; il danno è elemento determinante, perché non basta la creazione del pericolo (12). Pur riconoscendo una certa genericità nel significato di danno usato nell’art. 1151, i suoi dubbi non vertono sulla duplicità di significato (lesione-conseguenza) ma piuttosto sull’ammissibilità del risarcimento di un danno non patrimoniale (13).

Lodovico Barassi, che nella prima edizione a stampa delle Istituzioni di diritto civile (14) aveva definito il delitto civile come «un’azione anti-giuridica (illecita) e a cui quindi tien dietro la reintegrazione della norma e del privato offeso»; e aveva precisato che «il fatto dannoso implica sempre la lesione di un diritto soggettivo altrui», amplia la prospettiva nella seconda edizione riveduta, pubblicata dopo l’ingresso del nuovo codice, ribadisce la definizione di illecito sopra riportata, ma la colloca nella prospettiva della distribuzione della incidenza del danno secondo criteri di giustizia (colpa, responsabilità oggettiva, garanzia) (15).

Insomma, la grande novità della nuova formulazione della regola generale di responsabilità civile non sta nella ripetizione del termine “danno” ma piuttosto nella qualificazione del danno come *ingiusto*. E tuttavia, come si apprende dai primi commentari, l’ingiustizia del danno è intesa come qualificante l’atto illecito, e quindi confusa con l’illiceità, e con la commissione di un atto non giustificato da legittima difesa o dall’esercizio legittimo del proprio diritto (16), perché «l’atto doloso o colposo non si deve tradurre nello esperimento di un proprio diritto» (17). È Brasiello che considera il danno (componente essenziale dell’atto illecito) come conseguenza della condotta dell’agente: il danno che segue la violazione della norma di condotta e che si collega (18) all’evento per un rapporto di causalità efficiente. La qualificazione dell’ingiustizia, in sé e per sé, non è oggetto di grandi discussioni.

Si tratta di una novità che suscita grande interesse della dottrina soprattutto a partire dagli anni Sessanta, e ha condotto a variegate interpretazioni che all’aggettivo qualificativo sono state attribuite. Assai persuasiva è la posizione di chi, facendo una analisi comparata dei codici europei, ne ha tratto la convinzione che, pur potendo essere influenzato dalla dottrina e dalla codificazione tedesca (e forse austriaca), là dove il danno viene considerato *widerrechtlich*, tuttavia (19) l’orientamento prevalente si è indirizzato verso un significato svincolato dall’elemento soggettivo della colpa o del dolo e si sostanzia non tanto della violazione di una norma - che presupporrebbe un sistema di illecito tipizzato (20) - ma piuttosto di un *interesse protetto* dall’ordinamento, non necessariamente tutelato da una disposizione di legge. Con la conseguenza che anche le disposizioni della Costituzione possono essere utilizzate per qualificare l’ingiustizia del danno.

### 3. Il danno presunto.

Nella concezione analitica dell'illecito, oltre al comportamento dell'agente (colposo o doloso) si deve dunque tener presente la lesione dell'interesse protetto, il nesso causale e l'effetto della lesione, cioè il danno, non dunque l'antigiuridicità come criterio ulteriore selettivo dei danni risarcibili.

Si discute se sia sufficiente registrare solo la lesione di un interesse giuridicamente rilevante oppure se si debbano bilanciare l'interesse dell'agente e l'interesse del danneggiato: nelle leggi speciali il bilanciamento è fatto dal legislatore nel tutelare l'interesse della vittima e nel valutare l'interesse del soggetto agente; la clausola generale dell'art. 2043 affida il bilanciamento al giudice, che deve valutare se l'interesse leso sia giuridicamente rilevante.

Il fatto che l'atto illecito non possa essere perseguito dall'ordinamento se privo di uno dei suoi elementi, cioè il danno, non risolve ancora il problema posto dalle Sezioni Unite, cioè se il danno si possa ritenere sussistente anche quando non è provato in modo preciso, ma si documenta solo che esso sia effettivamente accaduto.

La soluzione che esclude il risarcimento, se non si è data una prova circostanziata e precisa del danno, mi sembra troppo drastica, anche se accolta da un numero impressionante di sentenze. Occorre fare una cernita degli interessi protetti, la cui violazione comporta un danno.

Un conto è il danno alla persona, altro conto il danno a cose o a rapporti economici; una cosa è il danno patrimoniale, altra cosa il danno non patrimoniale.

### 4. La lesione dei diritti fondamentali della persona e la prova del danno.

Opererei dunque una distinzione che, sempre tenendo conto delle esigenze della interpretazione giuspositivistica, ma senza dimenticare la valutazione degli interessi in gioco in modo concreto, si può fare tra interessi che assurgono a diritti fondamentali e interessi che assurgono a situazioni di natura prettamente patrimoniale ed economica, ancorché qualificabili come diritti soggetti assoluti o relativi.

In altri termini, un conto è la lesione dei diritti della personalità, altro conto è la lesione del diritto di proprietà. Sempre di danni si tratta, ma i primi attengono alla lesione di interessi primari legati alla persona elevati a principi (per l'appunto, il principio personalistico, di cui gli artt. 2, 3, 32 Cost.), i secondo riguardano interessi collegati al patrimonio.

La sentenza delle Sezioni Unite fa riferimento solo alla disciplina della proprietà, essendo questo il contenuto del caso ad esse rimesso. Mi sembra però opportuno svolgere, seppure *in nuce*, un discorso a più ampio raggio.

Se guardiamo ai diritti costituzionalmente garantiti in capo alla persona, la lesione del diritto alla salute ex artt. 2, 32 Cost. - qualificata in termini di danno biologico - è stata costruita come *danno in re ipsa* (21): le tabelle servono solo a quantificare il danno, ma è chiaro che questo tipo di lesione deve essere comunque risarcito. La Suprema Corte ha infatti precisato che «in tema di danno non patrimoniale, la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale - incidente sulla conservazione dell'equilibrio emotivo-soggettivo del danneggiato e, in una dimensione dinamico-relazionale, sull'impedita prosecuzione concreta di una relazione personale - e di un ulteriore importo a titolo di risarcimento del danno biologico - quale pregiudizio arrecato all'integrità psico-fisica per l'uccisione del congiunto - non costituisce una duplicazione risarcitoria, trattandosi di voci di danno tra loro diverse e derivanti dalla lesione di beni logicamente ed

ontologicamente distinti che trovano riferimento, rispettivamente, nell'art. 29 e nell'art. 32 Cost. (22).

Inizialmente, la proposta di isolare questa voce di danno, qualificata come "danno biologico", creandola ex novo e riassumendo in essa tutte le sottovoci che la giurisprudenza creativa aveva moltiplicato al fine di irrobustire la tutela del danneggiato (danno alla capacità lavorativa generica, danno alla vita di relazione, danno alle amenità della vita etc.) si era determinata a considerarne la natura patrimoniale, attese le restrizioni che negli anni Settanta dottrina e giurisprudenza assegnavano all'interpretazione dell'art. 2059 cod. civ.; di seguito, con il riconoscimento di questa voce di danno da parte della Corte costituzionale e finalmente da parte della Corte di Cassazione, si è preferito collocarla nell'area del danno non patrimoniale. Ma non si è mai messo in dubbio che la lesione della salute potesse sottrarsi all'area del danno risarcibile, essendo un *danno presunto*. Il quantum dipende dal tipo di lesione: se il danno deriva da circolazione dei veicoli, si applicano le tabelle richiamate dal Codice delle assicurazioni; altrimenti esso si liquida in via equitativa.

La giurisprudenza si ostina a chiedere la prova del danno nel caso di lesione dell'onore e della reputazione, o anche del danno morale all'immagine o alla identità personale: qui sembra prevalere il bilanciamento degli interessi, perché entrano in gioco valori costituzionalmente garantiti, come la dignità della persona e la libertà di stampa. Ma tutelare la libertà di stampa non significa dare al giornalista "licenza di danneggiare" (23). Esempio, in questo senso, il caso deciso dall'Ordinanza n. 4005 del 18/02/2020, la cui massima recita:

«Il danno all'immagine ed alla reputazione (nella specie, per un articolo asseritamente diffamatorio), inteso come "danno conseguenza", non sussiste "in re ipsa", dovendo essere allegato e provato da chi ne domanda il risarcimento. Pertanto, la sua liquidazione deve essere compiuta dal giudice, con accertamento in fatto non sindacabile in sede di legittimità, sulla base non di valutazioni astratte, bensì del concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e dimostrato, anche attraverso presunzioni gravi, precise e concordanti, che siano fondate, però, su elementi indiziari diversi dal fatto in sé, ed assumendo quali parametri di riferimento la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima.» Pur non ammettendo il danno in re ipsa l'ordinanza presume il danno patito dalla vittima e si accontenta di elementi indiziari.

Tuttavia, una volta lesa la dignità, il danneggiato fatica a recuperare l'integrità della sua immagine: lo dimostrano l'ampio contenzioso volto ad ottenere giustizia, anche preventiva, e le difficoltà pratiche della soppressione di tracce cartacee, digitali, virtuali che articoli, interviste, fotografie, etc. lasciano nei diversi canali di comunicazione. L'applicazione della dissociazione lesione (danno evento) /danno (conseguenza) e il mancato riconoscimento del danno in re ipsa comportano difficoltà di risarcimento, e rischiano, come spesso accade, di privare la vittima di una giusta riparazione. Il bilanciamento tra la posizione in cui si trova la vittima ingiuriata, privata dell'onore, della reputazione, e la libertà di stampa mi sembra mal posto, anzi, conduce ad evidenti situazioni di ingiustizia. Il danno in re ipsa mi sembra altresì avvalorato dalla disciplina dei dati personali. Già la direttiva del 1995 n. 46 disponeva all'art. 23 sulla responsabilità che «1. Gli Stati membri dispongono che chiunque subisca un danno cagionato da un trattamento illecito o da qualsiasi altro atto incompatibile con le disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva abbia il diritto di ottenere il risarcimento del pregiudizio subito

dal responsabile del trattamento. 2. Il responsabile del trattamento può essere esonerato in tutto o in parte da tale responsabilità se prova che l'evento dannoso non gli è imputabile». La l. 1996 31 dicembre n. 675 che l'ha attuata ha stabilito (sotto l'art. 18. Danni cagionati per effetto del trattamento di dati personali) che «Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. »Si è collocata nell'area della responsabilità oggettiva la fattispecie lesiva, senza nulla dire della prova del danno. Significativa è la pronuncia della Suprema Corte secondo la quale « il potere di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., costituisce espressione del più generale potere di cui all'art. 115 c. p. c. ed il suo esercizio rientra nella discrezionalità del giudice di merito, senza necessità della richiesta di parte, dando luogo ad un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva od integrativa, con l'unico limite di non potere surrogare il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza, dovendosi, peraltro, intendere l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del danno in senso relativo e ritenendosi sufficiente anche una difficoltà solo di un certo rilievo. In tali casi, non è, invero, consentita al giudice del merito una decisione di "non liquet", risolvendosi tale pronuncia nella negazione di quanto, invece, già definitivamente accertato in termini di esistenza di una condotta generatrice di danno ingiusto e di conseguente legittimità della relativa richiesta risarcitoria. (In applicazione del principio, la S. C. ha cassato la decisione del giudice d'appello che, pur avendo ritenuto raggiunta la prova dell'esistenza del danno alla reputazione personale e commerciale derivante da indebita segnalazione alla centrale rischi della Banca d'Italia, non aveva provveduto alla sua liquidazione equitativa) (24)».

Ora il GDPR del 2016 dispone, all'art. 82 (intitolato Diritto al risarcimento e responsabilità (C142, C146, C147) che «1. Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento. 2. Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento. Un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento. 3. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile (...)».

Il Regolamento, a differenza della legge attuativa della direttiva, non fa riferimento alla responsabilità per esercizio di attività pericolose, ma enuncia un principio in base al quale il titolare dei danni deve dimostrare la violazione delle disposizioni del Regolamento e il danno subito; la semplice violazione è considerata sufficiente per affermare la responsabilità, e quindi non occorre dimostrare la colpa; non vi è inversione dell'onere della prova, come avveniva con l'applicazione dell'art. 2050 cod. civ., ma l'unica prova contraria che il convenuto può dare è la non imputabilità a se stesso dell'evento dannoso.

In tutti questi casi non si può mettere in dubbio che la diffusione non autorizzata e non conforme alla legge di dati per-

sonali, o la diffusione di immagini al di fuori dei loro destinatari, o la violazione della privacy siano tutti danni apprezzabili *ex se*, e meritevoli di risarcimento (25).

Allo stesso modo il danno che deriva dalle relazioni endofamiliari (26). Anche in questo settore si registrano ora molte sentenze, ancorché nei tempi passati si ritenesse che altri fossero i rimedi da applicare, e che l'area della famiglia, per la sua natura di settore costruito sui rapporti personali, affettivi, e autoreferenziali, non consentisse il ricorso al rimedio risarcitorio (27). Di recente, peraltro, l'orientamento è cambiato. Si prenda ad es. la sentenza n. 8459 del 05/05/2020 la cui massima recita: «L'omessa comunicazione all'altro genitore, da parte della madre, consapevole della paternità, dell'avvenuto concepimento si traduce, ove non giustificata da un oggettivo apprezzabile interesse del nascituro e nonostante che tale comunicazione non sia imposta da alcuna norma, in una condotta "non jure" che, se posta in essere con dolo o colpa, può integrare gli estremi di una responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., poiché suscettibile di arrecare un pregiudizio, qualificabile come danno ingiusto, al diritto del padre naturale di affermare la propria identità genitoriale, ossia di ristabilire la verità inerente il rapporto di filiazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di appello di rigetto della domanda risarcitoria del padre, valorizzando, in particolare, il fatto che egli avesse sempre negato il riconoscimento e la circostanza che non avesse allegato e provato né le modalità di svolgimento della sua relazione con la madre del figlio né le condotte, da lui successivamente tenute, idonee a dimostrare la sua intenzione di realizzare l'aspirazione alla genitorialità)».

Il rimedio risarcitorio è stato utilizzato anche per riparare il danno derivante dal mancato assolvimento del debitum coniugale (28).

L'applicazione della CEDU ai diritti della personalità lesi nell'ambito dei rapporti familiari ha dato luogo ad una corposa giurisprudenza della Corte di Cassazione (29) in un dialogo costante con i giudici di Strasburgo.

La prova del danno non patrimoniale, dunque, può essere presunta, come ritenuto in qualche caso recente dalla Corte di Cassazione. È avvenuto ad es. per il danno parentale, per il quale si è ritenuto che «L'uccisione di una persona fa presumere da sola, ex art. 2727 c.c., una conseguente sofferenza morale in capo ai genitori, al coniuge, ai figli o ai fratelli della vittima, a nulla rilevando né che la vittima ed il superstite non convivessero, né che fossero distanti (circostanze, queste ultime, le quali potranno essere valutate ai fini del "quantum debeat"); in tal caso, grava sul convenuto l'onere di provare che vittima e superstite fossero tra loro indifferenti o in odio, e che di conseguenza la morte della prima non abbia causato pregiudizi non patrimoniali di sorta al secondo. (Nella specie, la S. C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva negato qualsivoglia risarcimento ai fratelli di un uomo deceduto a seguito di un incidente stradale, per il solo fatto che due di essi risiedessero in India, e l'altro in una città italiana diversa da quella della vittima)» (30).

##### 5. La lesione del diritto di proprietà e la prova del danno.

Discorso diverso si deve fare per la lesione di interessi economici, in cui il danno è prevalentemente patrimoniale. La questione della tutela del diritto di proprietà è più complessa di quanto si potrebbe opinare, perché è pur vero che nella Costituzione questo diritto è collocato nell'ambito dei rapporti economici, e quindi esorbita dall'area dei diritti della persona, ed è soggetto alle limitazioni dettate dalla funzione sociale,

ma è anche vero che questo diritto è ritenuto fondamentale sia dalla CEDU sia dalla Carta europea.

L'art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo recita:

«1. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. 2. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

La Guida predisposta dalla Corte EDU in materia elenca un nutrito numero di pronunce in cui il diritto di proprietà - come diritto umano - è declinato in varie dimensioni, e protetto dall'ingerenza dello Stato (31). Per quanto riguarda la Carta, l'art. 17 recita:

«1. Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale.

2. La proprietà intellettuale è protetta.

La Carta non può essere applicata al di fuori delle competenze assegnate all'Unione europea, la quale si è attribuita competenze solo in materia di diritto d'autore, e quindi non si dovrebbe profilare un contrasto tra la sua applicazione da parte della Corte di Giustizia e la giurisprudenza della Corte costituzionale».

Più difficile il contemperamento tra la CEDU e la Carta costituzionale. Quest'ultima l'ha tentato - seguendo la linea della Corte EDU - a proposito del risarcimento del danno per occupazione illegittima e acquisizione della proprietà privata da parte della P. A. (c.d. accessione invertita) precisando che «il giusto equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato non può ritenersi soddisfatto da una disciplina che permette alla pubblica amministrazione di acquisire un bene in difformità dallo schema legale e di conservare l'opera pubblica realizzata, senza che almeno il danno cagionato, corrispondente al valore di mercato del bene, sia integralmente risarcito» (Corte cost. n. 349 del 2007) (32).

Eppertanto, appare corretto ritenere che il danno patrimoniale alla proprietà per occupazione abusiva debba essere provato nel suo preciso ammontare, tenendo conto dei valori di mercato; ma se la vittima richiede anche il risarcimento del danno morale, il giudice per questo tipo di danno potrà procedere in via equitativa.

La valutazione differenziata dell'ammontare del danno, nell'area dei diritti della persona e nell'area degli interessi economici, è ragionevole e giustificata dalla loro diversa natura.

#### Note.

(1) V. della Sezione terza le sentenze n. 1371 del 2018, n. 11203 del 2019, n. 14268 del 2021, e già la sentenza delle Sezioni Unite n. 26972 del 2008 secondo cui il danno-conseguenza deve essere allegato e provato.

(2) Franzoni, Nanna, Scognamiglio, Sirena, Scognamiglio, in *Resp. civ. prev.*, 2023 e di Salvi, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023.

(3) Secondo l'insegnamento di Tarello, *Interpretazione della legge*, in *Trattato dir. civ. diretto da Cicu. Messineo et alii*, Milano, 1980, p. 26 ss.

(4) V. la ricostruzione di questo dibattito in Grossi, Roma-Bari, 2017, rist. 2022; Zagrebelski, *Il diritto allo specchio*, Torino, 2018; Zaccaria, *Postdiritto*, Bologna, 2022.

(5) Nella letteratura immensa v. R. Scognamiglio, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.; Id., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 464 ss.; Id., *La responsabilità civile*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 628 ss.; Trimarchi (P.), *Illecito, voce dell'Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 90 ss.; Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, III ed., Padova, 2005; Franzoni, *Trattato della responsabilità civile*, I, *L'illecito*, Milano, 2004; Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di dir. civ. diretto da R. Scacco*, Torino, 2006; Alpa, *La responsabilità civile. Parte generale*, Padova, 2010.

(6) V. Code civil Dalloz, Paris, 2020, sub art. 124, p. 1518 ss.

(7) Laurent, *Principii di diritto civile*, vol. XX, Milano, 1898, p. 313.

(8) Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, I ed., Torino, 1897.

(9) *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV ed., p. 246 ss. Milano, 1923.

(10) *Manuale di diritto civile italiano*, VII ed., Torino, 1933, p. 178 ss., 190 ss.

(11) *Istituzioni di diritto civile*, Messina-Milano, s. d., vol. III, p. 497.

(12) *Diritto civile italiano. II. Delle obbligazioni. IV Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 96 ss.

(13) Op. cit., p. 85.

(14) Milano, 1914, p. 336 aveva definito.

(15) Op. cit., p. 373.

(16) Barassi, op. cit., p. 373.

(17) Brasiello, *Dei fatti illeciti*, in *Codice civile. Obbligazioni, Commentario a cura di D'Amelio et alii*, Firenze, 1949, p. 220.

(18) Op. cit., p. 233.

(19) Piraino, «Ingiustizia del danno» e anti-giuridicità, in *Europa e dir. priv.*, 2005, n. 3, p. 704.

(20) Si discute se il nostro sia un sistema atipico o un sistema a tipicità progressiva: v. Alpa, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.

(21) Alpa, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1993.

Ricostruisce tutta la vicenda Rossetti, *Il danno alla salute*, Padova, 2021.

(22) Ordinanza n. 9857 del 28/03/2022.

(23) La pubblicazione dell'immagine di un minore in scene di manifestazioni pubbliche (o anche private, ma di rilevanza sociale) o di altre iniziative collettive non pregiudizievoli, in assenza di consenso al trattamento validamente prestato, è legittima, in quanto aderente alle fattispecie normative di cui all'art. 97 della l. n. 633 del 1941, se l'immagine che ritrae il minore possa considerarsi del tutto casuale ed in nessun caso mirata a polarizzare l'attenzione sull'identità del medesimo e sulla sua riconoscibilità. (Nella specie, la S.C., pur confermando la decisione di merito di rigetto della domanda risarcitoria per difetto di prova del danno patito, ha ritenuto illecita l'acquisizione e la pubblicazione dell'immagine di due minori in assenza del relativo valido consenso, considerato non sostituibile dalla presenza, all'interno di un parco acquatico, di cartelli di avviso dello svolgimento di un servizio di «fotoshooting», finalizzato a pubblicizzare un evento ludico, essendo le fotografie specificatamente incentrate sulle dette minori nell'atto di utilizzare uno scivolo gonfiabile il giorno della sua inaugurazione). Ordinanza n. 8880 del 13/05/2020.

(24) Ordinanza n. 13515 del 29/04/2022).

(25) Sul diritto all'oblio si veda ora Ordinanza n. 9923 del 28/03/2022 secondo la quale «L'azione di risarcimento dei danni per trattamento illecito dei propri dati personali - compiuto mediante la pubblicazione di un libro del quale viene chiesto il ritiro dal commercio - non involge il tema del diritto all'oblio, potendosi concretizzare la tutela di tale diritto riferito alla rete internet, solo con un'azione rivolta ai soggetti titolari dei

motori di ricerca per la deindicizzazione della pagina web e non certamente per legittimare una pretesa risarcitoria nei confronti di chi abbia scritto un libro le cui pagine sono state successivamente inserite anche in internet. In tal caso la liceità del trattamento dei dati deve essere valutata avuto riguardo al perimetro dell'esimente dettata dal codice della privacy nel contesto dei limiti dell'attività giornalistica di cui all'art. 137 comma 2, la valutazione del cui superamento è questione di fatto incensurabile in cassazione.

Il bilanciamento degli interessi è utilizzato da Cass. Ordinanza n. 17383 del 20/08/2020 per affermare il principio in base al quale «Il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (codice della privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno", in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui quello di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy, ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva, restando comunque il relativo accertamento di fatto rimesso al giudice di merito.

Il bilanciamento degli interessi in questo settore - a mio parere - è ammissibile solo se vi sia possibilità di graduazione quantitativa della lesione o dei suoi effetti; ma se si tratta di utilizzazione dei dati personali, come si può graduare l'intensità della lesione?

(26) Significativa l'applicazione del rimedio risarcitorio nel rapporto di filiazione:

«Ai fini del risarcimento del danno subito dal figlio in conseguenza dell'abbandono da parte di uno dei genitori, occorre che quest'ultimo non abbia assolto ai propri doveri consapevolmente e intenzionalmente o anche solo ignorando per colpa l'esistenza del rapporto di filiazione. La prova di ciò può desumersi da presunzioni gravi, precise e concordanti, ricavate dal complesso degli indizi, da valutarsi, non atomisticamente, ma nel loro insieme e l'uno per mezzo degli altri, nel senso che ognuno di essi, quand'anche singolarmente sfornito di valenza indiziaria, può rafforzare e trarre vigore dall'altro in un rapporto di vicendevolesse completamento. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione che aveva escluso l'elemento soggettivo della menzionata responsabilità, limitandosi a negare l'esistenza di sufficienti indizi circa la conseguita consapevolezza da parte del padre della propria paternità subito dopo la nascita del figlio, sulla base della ritenuta inattendibilità della testimonianza della madre, non adeguatamente motivata e senza valutare plurimi elementi indiziari, quali la certezza di un rapporto sessuale non protetto avvenuto tra i genitori in epoca compatibile con il concepimento, la vicinanza tra le abitazioni di questi ultimi, situate in un piccolo paese, e la continuazione della frequentazione del ristorante paterno da parte della madre anche durante la gravidanza)». Sentenza n. 34950 del 28/11/2022.

(27) Per una critica di questa concezione v. Patti (S.), *Famiglia e responsabilità civile*, rist. inalt., Milano, 1984.

(28) «Il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume il connotato di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo

da un lato ritenersi che diritti definiti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare (e ciò considerato che la famiglia è luogo di incontro e di vita comune nel quale la personalità di ogni individuo si esprime, si sviluppa e si realizza attraverso l'instaurazione di reciproche relazioni di affetto e di solidarietà, non già sede di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili); e dovendo dall'altro lato escludersi che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio - se ed in quanto posta in essere attraverso condotte che, per la loro intrinseca gravità, si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona - riceva la propria sanzione, in nome di una presunta specificità, completezza ed autosufficienza del diritto di famiglia, esclusivamente nelle misure tipiche previste da tale branca del diritto (quali la separazione e il divorzio, l'addebito della separazione, la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare), dovendosi invece predicare una strutturale compatibilità degli istituti del diritto di famiglia con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, con la conseguente, concorrente rilevanza di un dato comportamento sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuizioni di natura patrimoniale, sia (e sempre che ricorrano le sopra dette caratteristiche di gravità) quale fatto generatore di responsabilità aquiliana. E siccome l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità ed indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro - pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di tale vincolo - un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, sostanziantesi anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente alle proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto, è configurabile un danno ingiusto risarcibile allorché l'omessa informazione, in violazione dell'obbligo di lealtà, da parte del marito, prima delle nozze, della propria incapacità "coeundi" a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, induca la donna a contrarre un matrimonio che, ove informata, ella avrebbe rifiutato, così ledendo quest'ultima nel suo diritto alla sessualità, in sé e nella sua proiezione verso la procreazione, che costituisce una dimensione fondamentale della persona ed una delle finalità del matrimonio». Sentenza n. 9801 del 10/05/2005.

Sul punto le posizioni si sono finalmente allineate ai principi costituzionali di dignità ed eguaglianza giuridica e morale dei coniugi. Offre uno spaccato gustoso (e ripugnante) delle argomentazioni dei giuristi fino alla seconda metà del Novecento Filippo Vassalli, *Del Ius in corpus e della servitù d'amore, ovvero sia la dogmatica ludicra* (Roma, 1944), rist. inalt. Matera, 2022.

(29) V. Alpa, *La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni, in corso di pubblicazione in Riv. dir. proc. civ.*, 2023.

(30) Sent. n. 22397 del 15/07/2022.

(31) Guida all'art. 1 del Protocollo n1 della CEDU, Strasburgo, 2019.

(32) V. Finocchiaro, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Corte cost., Rel. internazionali, s.d.

Nell'ampia letteratura v. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europea e diritto privato*, 2011, p. 575 ss.; Trimarchi (M.), *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Torino, 2015.

## *Garantismo, una messa a fuoco: a proposito di un nuovo libro di Enzo Roppo.*

**Michele Marchesiello**

Magistrato

**Sommario:** 1. Dal racconto della legge al racconto del garantismo. - 2. Garantismo penale e pulsione narrativa. - 3. Garantismo v. giustizialismo: ci sono giudici a Berlino? - 4. Garantismo e giustizialismo: gli eterni duellanti. - 5. Il giudice come 'arbitro' del duello. - 6. Per una nuova puntata del racconto del garantismo.

### 1. Dal racconto della legge al racconto del garantismo.

Il recente libro di Enzo Roppo, *'Garantismo: i nemici, i falsi amici, le avventure'* (1) ha ricevuto, molto giustamente, una messe di commenti e recensioni che ne hanno messo in evidenza la necessità. Non a caso *'Garantismo'* è piaciuto, secondo un istinto partigiano così diffuso nel nostro Paese, sia a coloro che si dicono 'garantisti', senza se e senza ma, sia a quanti - in modo altrettanto risoluto - si iscrivono al partito dei 'giustizialisti'.

Questa netta divisione ha fatto del garantismo - come nozione a suo modo giuridica, come posizione politica e culturale, addirittura come parola relativamente nuova nel panorama linguistico italiano - un nervo scoperto nell'ambito della nostra cultura giuridico - politica.

Roppo - illustre civilista e prestigioso avvocato - si è misurato col tentativo - con la sfida - di fare luce sul tema, a cominciare dal significato della parola. È particolarmente commendevole quello che Roppo chiama 'un piccolo esercizio di ecologia del linguaggio e dei concetti', per chiarire 'di cosa parliamo quando parliamo di garantismo' (2).

Sulla scorta del, più che tempestivo, prezioso volume, ci si pone ora il più modesto obiettivo di chiosare, commentare e, se del caso, interrogare un testo che la cultura e lo stesso stile dell'autore hanno disseminato di interrogativi, dubbi, criticità, ignorati quasi sempre da chi utilizza quella parola, 'garantismo', 'per - come usa dire - portare acqua al proprio mulino' e soprattutto rendere irreparabilmente conflittuale la separazione dai fautori del famigerato giustizialismo.

Cosa significa prima di tutto 'garantismo', per il linguaggio comune e per il diritto in particolare?

Come è accaduto che questo termine si sia affermato prepotentemente in Italia, dove ha assunto un significato quasi esclusivamente penalistico?

Chi sono quelli che efficacemente Roppo indica come gli amici, i nemici e i falsi amici del garantismo?

Roppo, lo si è già detto, è un illustre professore e avvocato 'civilista' (partecipa di una curiosa distinzione che assegna il diritto al civile, relegando il fatto al penale).

Ragionatore sottilmente implacabile ma - allo stesso tempo - temperamento sensibile all'emozione e all'empatia, uomo dalle molteplici *Eigenschaften*, il professore e avvocato civilista Roppo ha sempre scelto il campo che più rispondeva alla sua prima qualità, lasciando nell'ombra la seconda.

Oggi, a conferma del precedente lavoro *'Il racconto della legge'* (3), è abbastanza evidente come l'aspetto meno conosciuto della sua personalità - senza voler tentare una psicoanalisi del civilista - abbia cominciato a rivendicare la propria presenza. Questo fenomeno si traduce in quella che potremmo chiamare la pulsione narrativa, il bisogno più che umano di versare il ragionamento giuridico in un racconto, come tale rivolto non soltanto alla ristretta cerchia degli specialisti.

Descrivere la legge *come racconto* 'statico' - secondo Roppo - o *raccontare la legge*, come raccontare 'dinamico' secondo Francois Ost (4).

*'Ma il diritto* - si leggeva nella presentazione de *'Il racconto della legge'* - *è tutt'altro che un freddo apparato: è un ambito dell'agire umano che trasuda cultura e storia; riflette politica ed etica; è materia di filosofia; incrocia realtà economiche, dati psicologici, costumi e prassi sociali; s'intreccia col fenomeno della lingua e si misura con lo scorrere del tempo; si confronta con la scienza; influenza la tecnologia e ne è influenzato, penetra arte, letteratura, cinema*.

Soprattutto, ci dice l'autore, il diritto *'nasconde meraviglie'*. Ecco: in questo *'nascondere meraviglie'* l'analista apparentemente impassibile, rivela l'ansia e la passione del narratore, che vuole costringere il diritto a mettere in luce la sua ineliminabile relazione con la vita.

Coerente con questa linea, *'Garantismo'* si offre ora - allo studioso ma anche al curioso di cose giuridiche - come la prosecuzione naturale de *'Il racconto della legge'*, mettendo in scena quello che si può chiamare 'il racconto del garantismo', delle sue avventure, dei suoi 'amici, nemici o falsi amici'.

### 2. Garantismo penale e pulsione narrativa.

Partendo da un'accezione generale e 'storica' del termine il civilista Roppo ne intraprende la descrizione in termini squisitamente penalistici: la dimensione penale essendo quella che meglio si presta alla curvatura dell'affresco con cui l'autore tenta di raffigurare, raccontandolo, il diritto.

Questo 'taglio' si coglie sin dall'indice di *'Garantismo'*, che, a una parte introduttiva e necessariamente generale, fa seguire un capitolo (*'Il garantismo penale'*), che non trova riscontro, nello svolgimento ulteriore dell'opera, in un corrispondente capitolo sul garantismo 'civile'. E a buona ragione, considerando che proprio nel nostro Paese - più che in altri - quella parola ha attecchito sul terreno penale.

È davvero significativo, del resto, che la narrazione del 'garantismo' attenga tipicamente al contesto italiano, non comparando se non in modo sporadico e con significati diversi negli ordinamenti e nella topografia giuridica di altri Paesi: in ambiente anglosassone e statunitense in particolare.

La *'Magna Carta Libertatum'* del 1215, mito di fondazione di ogni 'garantismo', mirava infatti a regolare i rapporti tra la Corona e un gruppo di nobili ad essa ribelli, a tutelare i diritti della Chiesa, proteggere i nobili dagli arresti arbitrari e soprattutto limitare i diritti feudali di tassazione, appartenenti alla Corona. Solo in seguito essa divenne mito di fondazione, simbolo della libertà individuali di tutti i cittadini che spetta allo Stato 'garantire' contro ogni forma di strapotere o soprasso, pubblico o privato. Nella Costituzione americana il termine *guarantee* compare solo nella cosiddetta *Guarantee Clause* di cui all'art. IV sezione 4, che obbliga il governo federale a 'garantire' ad ogni singolo stato la forma di governo repubblicana e proteggerlo da ogni forma di invasione straniera o di violenza interna.

Sempre nella Costituzione americana (V e XIV Emendamento) si trova invece l'esigenza del *'due process'* o della difesa del cittadino dalle abusive intromissioni dello Stato e dalla conseguente violazione dei suoi diritti civili (*civil rights*).

Questa impostazione pone, semmai, il delicato problema della relazione e dell'eventuale regolamento dei confini tra garantismo e 'giusto processo' (art. 111 Cost.).

### 3. Garantismo v. giustizialismo: ci sono giudici a Berlino?

Sotto un diverso profilo, il garantismo può essere considerato con precisione solo se lo si metta a confronto con il suo avversario ormai tradizionale, che non gode oggi di particolare

fortuna: il ‘giustizialismo’ (5). Non si può infatti mettere a fuoco il garantismo, senza compiere un’analoga operazione col giustizialismo, che ostinatamente vi si contrappone.

Garantismo v. Giustizialismo, dunque?

Non proprio, se non alla luce torbida della attitudine tutta italiana a dividersi in partiti, parti, fazioni, incapaci - in apparenza - di dialogare tra loro anche se pronti a trattare sotto banco in vista dei rispettivi interessi.

Il garantismo esprime l’esigenza di un rispetto integrale e rigorosamente ‘processuale’ della legge (è, approssimativamente, la funzione dell’americano *due process of law*). Il giustizialismo - nella sua forma migliore e positiva - esprime invece l’esigenza di superare in nome dell’eguaglianza di tutti i cittadini la mera legalità formale e cercare di attuare - attraverso il diritto ma se necessario anche attraverso la sua sostanziale elusione - una relativa forma di giustizia autenticamente popolare (paragonabile in questo senso all’americana ‘*equal protection of the law clause*, XIV Emendamento).

Si può sospettare, tuttavia, che il conflitto sia posto artificialmente tra due possibili patologie, piuttosto che sull’analisi spassionata di due atteggiamenti tra loro difficilmente districabili. Che il loro rapporto non sia, dunque, di antagonismo ma di complementarità e reciproco adattamento, in una dimensione esplicitamente ‘narrativa’ che dovrebbe piacere all’autore di ‘*Garantismo*’?

Nell’impostare il discorso sul ‘garantismo penale’, Roppo ricorre - di passaggio - a un suggestivo esempio di questo complicato interagire dei due elementi, quando richiama la frase ormai proverbiale ‘*C’è un giudice a Berlino*’, pronunciata da Arnold, il mugnaio di Potsdam, volendo affermare che spetta ai giudici *garantire* i diritti delle persone contro ogni abuso o prepotenza di un potere politico, economico o - anche - giudiziario.

In quell’episodio famoso, in realtà, garantismo e una forma esplicita di giustizialismo ‘*avant les temps*’, di origine assolutistica ma illuminata, si trovano paradossalmente a convivere.

L’analisi della vicenda del mugnaio Arnold illustra infatti l’intrecciarsi di una forma peculiare di garantismo con forme non patologiche di giustizialismo.

‘*C’è pur un giudice a Berlino!*’ - nel suo ormai pacifico significato garantista - è una frase quasi sicuramente inventata in una storia quasi sicuramente vera.

La storia è nota. Un mugnaio di Potsdam, di nome Arnold, aveva accusato un barone von Gersdorf, proprietario di un terreno a monte del suo mulino, di aver deviato il corso d’acqua che lo alimentava, per costruire una sua peschiera. L’iniziativa gli aveva sottratto l’acqua, impedendogli di pagare l’affitto del terreno. Chiamato in causa, Arnold rischiava di perdere il mulino. Il giudice locale gli aveva però dato torto, ordinando la confisca del mulino, poi rilevato proprio dal barone von Gersdorf.

Ne era seguita una lunga contesa giudiziaria, davanti a giudici di grado sempre più elevato, che sempre avevano dato torto al mugnaio, la cui moglie era infine riuscita a portare il caso davanti al sovrano, Federico II, re di Prussia. Era il 1780.

In quegli anni Federico, sovrano illuminato e illuminista, progettava la sua grande riforma del diritto sostanziale e processuale, combattendo il diritto particolare dei ceti, di quello nobile in particolar modo. Al rispetto di quel diritto ‘feudale’ ancora vigente erano ispirate le sentenze che, in termini pienamente garantisti per quell’epoca, privavano legittimamente Arnold del suo mulino.

Il re volle approfittare dell’occasione che gli consentiva di affermare il proprio potere assoluto e la sottoposizione ad esso di ceti e burocrazie, sia amministrative che giudiziarie.

Convocò a Corte i giudici del *Kammergericht*, che a Berlino e ‘in nome del re’ avevano emesso la sentenza definitiva. La scena è descritta da uno dei giudici, il consigliere Rannsleben. Federico li accolse, dando le spalle a un grande camino, corrucciato e dolorante per la gotta, le gambe poggiate su uno sgabello. Teneva in mano la sentenza, agitandola in faccia ai giudici di Berlino, che vennero arrestati e fatti chiudere per un anno nella fortezza di Spandau. Il mulino fu fatto restituire al mugnaio Arnold, che venne risarcito e rimborsato per i danni e le spese.

La reazione dei ceti nobiliari e della burocrazia giudiziaria non si fece attendere. Le carrozze si affollarono davanti alle abitazioni dei giudici cui nobiltà e magistratura vollero rendere omaggio.

Il processo verbale della decisione fu fatto proprio da Caterina II di Russia e in Francia divenne un successo editoriale col significativo titolo: ‘*Balance de Frédéric*’.

A centinaia i villani si radunarono sotto le finestre del Re con le loro petizioni in mano, chiedendo a gran voce giustizia, proprio come Arnold.

Morto Federico, il barone von Gersdorf chiese e ottenne dal suo successore un nuovo giudizio. Federico Guglielmo II accolse il ricorso: il barone aveva diritto all’acqua per la sua peschiera; ad Arnold restava la scelta tra restituire il mulino o pagarne il prezzo d’asta al barone. Arnold preferì tenere il mulino, ma il prezzo fu sborsato dallo stesso sovrano, traendolo dalla propria dotazione, come gesto - politicamente opportuno - di sovrana munificenza e generale pacificazione. I giudici vennero restituiti, con tutti gli onori, alle rispettive posizioni.

Dove sono, in questo caso, garantismo e giustizialismo?

Il primo, paradossalmente, è dalla parte dei giudici di Berlino, che applicarono rigorosamente le leggi processuali e sostanziali ancora vigenti, seppure al tramonto. Il secondo - come aspirazione regia a rendere effettiva e popolare giustizia - è dalla parte di Federico e della sua illuminata ma assoluta sovranità. La sintesi è nell’intervento del nuovo sovrano, che provvede ‘di tasca propria’ a riequilibrare i due piatti della bilancia.

Si può dire che, appartenendo oggi al Popolo (art. 1 Cost.), la sovranità ne alimenta la tentazione di sottoporre ad essa anche la forza della legge. Il giustizialismo ‘buono’ (come il colesterolo) rischia così di finire nel poderoso, ‘cattivo’ e ribollente *mainstream* del populismo.

Una controversia civile-amministrativa rappresenta icasticamente l’intricato rapporto tra garantismo e giustizialismo, risolvendolo in una frase quasi sicuramente mai pronunciata: ‘*C’è pure un giudice a Berlino!*’.

Ma si dà il caso che quel peculiare giudice sia proprio il sovrano assoluto, superiore anche alla legge.

Questa situazione si ripete nella storia e soprattutto nella letteratura, da Antigone v. Creonte, a Shylock v. Antonio.

È sempre per l’inadempimento di una obbligazione civile che Shylock porta il debitore Antonio davanti al Duca, esigendo la libbra di carne pattuita per la mancata tempestiva restituzione del prestito. La giustizia veneziana gli ‘garantisce’ il pagamento del debito nei termini convenuti. ‘*I crave the Law!*’, esclama l’ebreo al cospetto del Duca: reclamo la legge e pretendo che si rispettino le clausole del patto. Di questo si renda garante la repubblica di Venezia. È solo l’intervento della (falsa) giurista padovana, Porzia, a fornire l’espedito, di dubbia correttezza giuridica, che consente al Duca di risolvere con relativa giustizia la controversia.

La letteratura, il narrare, salvano la giustizia, proteggendola dalle patologie del garantismo ma anche da quelle del giustizialismo.

#### 4. Garantismo e giustizialismo: gli eterni duellanti.

Il libro di Roppo, allora, può essere considerato come il racconto del garantismo penale, in un contesto fitto di amici, nemici, falsi amici e - soprattutto - avventure: non pretesto o gibigianna per attirare lettori sprovveduti, ma riconoscimento della natura - in questo senso davvero 'ricca di meraviglie' - del mondo del diritto.

Nozione giustamente imprecisa e inafferrabile, il garantismo, si aggira nelle pagine della nostra Costituzione e nel suo faticoso realizzarsi tra intrighi, imboscate, falsi amici ma anche falsi nemici, sino a imbattersi, forse risolvendosi, nel concetto di 'giusto processo'.

Roppo ci racconta tutto questo con maestria: una vicenda mai conclusa a cui si adatterebbe il titolo romanzesco '*Le avventure (e disavventure) del garantismo in Italia*'.

'Garantismo' è una dimostrazione più che convincente del continuo affrontarsi, confrontarsi e cercare di conciliarsi dei due apparenti avversari.

Viene in mente il racconto di Conrad, '*I duellanti*', in cui due ufficiali francesi dell'esercito di Napoleone - dopo che tra di loro era insorta una futile controversia d'onore - continuano ad affrontarsi in duello, durante gli spostamenti della *Grande Armée* e anche dopo, quando sono entrambi in congedo.

E, in effetti, il duello tra garantismo e giustizialismo è descritto in maniera magistrale da Roppo, nel succedersi delle vicende che, nei decenni, hanno coinvolto la giustizia, a cominciare dall'inchiesta di '*mani pulite*', considerata l'atto di nascita del garantismo e, allo stesso tempo, del giustizialismo penale nel nostro Paese. Ma il duello era già cominciato con i 'pretori d'assalto' e - di seguito - con gli anni di piombo, il processo 7 aprile e il 'teorema' del giudice Calogero. Una situazione analoga si era presentata con l'inchiesta nei confronti del governatore della Banca d'Italia, Paolo Baffi, e del vice-direttore dell'istituto, Mario Sarcinelli.

È anche troppo noto, purtroppo, come questi ed altri 'casi' (quello di Enzo Tortora in particolare) abbiano segnato l'inizio del grave deterioramento dell'immagine e della reputazione della nostra magistratura, accusata, non sempre a torto, di 'protagonismo giustizialista' e di 'anti-garantismo': processo ben lontano dall'essersi invertito, come mostra il tristemente noto, inasauribile 'caso Palamara'.

Un capitolo a parte di questa storia, spesso un *feuilleton*, meritano i conflitti tra politica e magistratura, apertisi con Craxi e divenuti sempre più feroci con Berlusconi, mentre ancora più micidiali sono stati e continuano a essere i conflitti sul contrasto giudiziario alla criminalità organizzata e al terrorismo, nei quali una forma legittima e doverosa di garantismo costituzionale sembra venir messa a rischio dalla trasformazione degli schemi propriamente garantisti del diritto penale in piani di lotta contro un 'nemico'. La nuova - per molti versi preoccupante - curvatura assunta dal diritto penale, è denunciata dalla figura del reato associativo che - in contrasto col principio di tassatività e stretta legalità delle incriminazioni penali - consente di punire non solo i reati specifici, in cui si estrinseca l'attività associativa, ma il fatto stesso di appartenere all'organizzazione e - addirittura - il corrervi 'dall'esterno'.

In questo come in altri fenomeni sorti sul terreno del diritto penale, sostanziale e processuale, è evidente la tensione che investe il garantismo, incalzato e 'messo nell'angolo', per così dire, da forme di implicito giustizialismo, giustificato (ci si perdoni il bisticcio) dall'esigenza di proteggere la collettività da nemici particolarmente potenti, insidiosi, diffusi nel tessuto sociale.

Una situazione non diversa è collegata al fenomeno tutto italiano dei 'maxi-processi o dei processi *'monstre*', altra discutibile 'specialità' della giustizia penale italiana.

Secondo Roppo, a causa di questo ed altri fenomeni connessi (si pensi alla questione dell'ergastolo 'ostativo' o a quella dell'articolo 41 bis dell'Ordinamento penitenziario), l'intero sistema penale italiano segnalerebbe '*una marcata deriva anti-garantista*' determinata dalle '*grandi emergenze criminali e sanitarie* (le misure imposte al paese dalla pandemia Covid-19, n.d.a.) *che esigono puntuali interventi di contrasto da cui i principi del garantismo possono uscire sacrificati*'.

Deriva anti-garantista che trova un alleato nella tendenza penalista caratteristica dell'attuale legislazione col moltiplicarsi di norme incriminatrici sempre più imprecise, contraddittorie, superflue, ispirate prevalentemente a esigenze proprie di quel 'populismo penale' alle cui sollecitazioni il sistema politico risponde con sempre maggior frequenza.

Prova di questa deriva anti-garantista è il fatto che la recente rivalutazione del ruolo della vittima, rivalutazione assolutamente necessaria dopo decenni di ingiustificato oblio, tenda ad alterare in misura indebita il rapporto tra accusa e difesa, a favore di decisioni di tipo 'giustizialista', corrispondenti alle aspettative di classi o gruppi costituitisi come espressione di autentica giustizia 'popolare'.

Proprio sulla base di questa percepibile alterazione del rapporto tra garantismo e giustizialismo, tradottasi inevitabilmente nell'alterazione del già confuso e conflittuale rapporto tra politica e magistratura, si spiega in gran parte la teoria - condivisa e promossa da autorevoli 'media' - dello 'strapotere delle toghe' e del governo dei giudici (6).

#### 5. Il giudice come 'arbitro' del duello.

Se è vero che - per ragioni molteplici - il garantismo è oggi messo a rischio dal farsi sempre più pervasive e influenti di tendenze 'giustizialiste', è vero altrettanto che il compito di 'ri-assettare' quel rapporto riequilibrando le opposte esigenze, è destinato a ricadere necessariamente sui giudici e sulla funzione giurisdizionale. Ciò a causa non di un improbabile 'complotto' eversivo della classica triade dei poteri democratici: 'esecutivo-legislativo-giudiziario', ma per l'evidente circostanza che quell'equilibrio non può, per la natura stessa della legislazione ('generale e astratta'), che venire determinato e stabilito nei casi concreti, volta per volta, in base alla cultura, alla preparazione, alla fedeltà costituzionale dei singoli giudici chiamati alla decisione, 'in nome del Popolo Italiano'.

Davanti all'eterno, necessario duellare di garantismo 'buono' e giustizialismo egualmente 'buono', davanti a quello che chiama 'il dilemma del garantista', Enzo Roppo si pone come un arbitro paziente e meticoloso suggerendo, sulla scia della Corte Costituzionale, il metodo 'che i giuristi chiamano del "bilanciamento"'. (7) Roppo stesso, nell'offrire la sua risposta al dilemma, formulata con diretto riferimento ai responsabili conclamati di reati di mafia o terrorismo, ci avverte:

*"Proviamo a offrire qualche risposta, che potrà forse andare al di là della materia specifica del trattamento penale di mafiosi e terroristi per gettare un po' di luce sulla questione più generale relativa al giusto modo di maneggiare il garantismo"* (8).

L'operazione di bilanciamento deve avvenire prima di tutto tra due 'valori' opposti e tendenzialmente non negoziabili: da una parte i valori del garantismo e dall'altra quelli minacciati - poniamo - dalla mafia, dal terrorismo oppure da una devastante pandemia. Entrambi devono essere individuati con esattezza (non solo invocati retoricamente) e chirurgicamente delimitati in termini di assoluta, precisa proporzionalità.

Rispetto a questa delicatissima operazione che quasi sempre finisce col mettere a confronto valori costituzionali teoricamente non negoziabili, si impongono due considerazioni.

La prima riguarda il 'chi' deve compierla. Roppo sembra affidarla al legislatore e ai giudici. In realtà, come detto sopra, è difficile che un bilanciamento sufficientemente preciso e 'su misura' (*tailored*, direbbero gli inglesi) possa essere svolta dal legislatore, e questo per due motivi, uno generale e uno specifico. La legge non dispone della finezza e flessibilità necessaria, condannata com'è alla generalità e all'astrattezza, nemiche giurate di ogni 'bilanciamento' che deve trovare la misura del caso concreto e non può che essere affidato a un giudice. È poi da considerare lo stato attuale della tecnica legislativa nel nostro paese e nel presente momento storico (9). Lo stesso Roppo sottolinea la delicatezza richiesta da quel metodo, che non può essere applicato 'per linee generali'.

La seconda questione, messa bene in evidenza da Roppo, è legata al fatto che il garantismo 'in purezza' non c'è e non ci può essere. Il garantismo dev'essere 'tendenziale', un obiettivo ideale cui puntare 'nella misura massima possibile', da cui distaccarsi nella misura minima possibile'.

Proprio in questa natura duttile che tende a trasformare il 'valore' in uno 'strumento' da 'maneggiare', risiede un pericolo assai grave: quello che Roppo definisce il 'rischio contagio'.

Questo significa che il garantismo come strumento, e strumento di successo, ha una forza espansiva che 'lo porta a penetrare anche in campi diversi dalla disciplina di contrasto alla criminalità mafiosa e terroristica' (10). Il garantismo esasperato e protato all'eccesso può trasformarsi paradossalmente in forme di vero e proprio anti-garantismo. È quello che succede con le attuali tendenze *woke*, proprie della cosiddetta *cancel culture* che, nel tendere a garantire i diritti e proteggere la sensibilità di talune minoranze particolarmente agguerrite, finisce per incidere su altri, fondamentali, diritti di libertà.

La legislazione in tema di corruzione giustifica, per prima, il timore di un dilagare di un pericoloso anti-garantismo, che assume 'connotati guerreschi': dall'*anti-corruzione* allo *spazza-corrotti*.

Lo stesso rischio sembra corrersi con la legislazione anti-*hate speech*, che crea figure di reato pericolosamente vicina alla categoria dei reati di opinione consistenti nella manifestazione di un pensiero o, addirittura, di un sentimento, anche odioso, come il negazionismo nei confronti della *Shoah*.

Lungo questo piano inclinato si pone la recentissima proposta di un professore di filosofia politica di inserire nel già affollato codice penale italiano un nuovo reato: il 'negazionismo ambientale' e climatico (11).

Spetta piuttosto al giudice, nelle sue caratteristiche irrinunciabili di terzietà, indipendenza e imparzialità, effettuare il bilanciamento tra i valori 'intesi in termini non assoluti' espressi dal garantismo e dal giustizialismo.

Giustamente, a questo proposito, Roppo riporta, censurandola attraverso le parole di un Presidente Emerito della Corte Costituzionale, Valerio Onida (12), una circolare emanata dai presidenti del tribunale e della corte d'Appello di Roma che consente al PM di chiedere l'assegnazione del processo a una determinata sezione o a un determinato collegio giudicante. Affidare al pubblico ministero la scelta del proprio giudice, anche se ciò avvenga in nome della presunta maggior celerità e accuratezza del giudizio, arreca una ferita letale al principio dell'imparzialità e terzietà del giudice, con evidenti, negativi riflessi sull'obiettività dell'eventuale operazione di bilanciamento, già di per se stessa esposta ai rischi e alle tentazioni di un giudizio 'politico'.

## 6. Per una nuova puntata del racconto del garantismo.

Per concludere questa anche troppo lunga 'messa a fuoco' del garantismo e - per dirla con Enzo Roppo - delle sue avventure e disavventure, due ultime riflessioni. La prima riguarda la per-

sonalità di Roppo, che avrebbe fatto un formidabile penalista, unendo le implacabili qualità analitico-razionali alla irresistibile pulsione narrativa. Ci attendiamo ora da lui - tornato 'civilista' - un nuovo volume sul garantismo civile.

In epoca di esasperato pan-penalismo, questa la seconda riflessione, gli strumenti offerti dal diritto civile, sostanziale e processuale, si rivelano spesso più afflittivi dei rimedi penalistici, la cui efficacia e forza intimidatoria sono oggi messe in discussione, sino alle tesi estreme degli abolizionisti.

Più in generale, è la stessa distinzione tra diritto civile e penale come base per 'specializzazioni' differenti a meritare forse uno sguardo critico. Ed è stato il giurista e giudice italo-americano Guido Calabresi a osservare (13) che il giudice (quello statunitense, nella specie) non può mai essere o divenire uno 'specialista', rinchiuso e prigioniero dentro un sistema di saperi tanto più esclusivi quanto più minuscoli. Il giudice americano è per sua natura 'generalista', a garanzia sia della chiarezza del suo linguaggio (il '*plain speech*, o parlar chiaro) che - soprattutto - della sua indipendenza (i vari gruppi di potere, lobby o corporazioni sarebbero indotti a promuovere la scelta del candidato 'specialista' più vicino ai loro interessi). Ed è interessante quello che ci dice Calabresi a proposito del sistema 'random' con cui i processi vengono assegnati dai funzionari delle Corti, evitando assegnazioni 'pilotate' del tipo di quelle romane segnalate da Roppo. Grazie a questo metodo il giudice porta all'udienza, in un unico ruolo, cause civili e penali.

## Note.

(1) Vincenzo Roppo, *Garantismo: i nemici, i falsi amici, le avventure*, Baldini e Castoldi, Milano, 2022.

(2) Roppo, op. cit., p. 21 e 29 e segg. In realtà, quello di chiarire di cosa parliamo, dovrebbe essere un dovere di qualsiasi cosa si parli.

(3) E. Roppo, *Il racconto della legge*, Baldini e Castoldi, Milano, 2019.

(4) F. Ost, filosofo, giurista e commediografo belga, cfr. *Raconter la loi: aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, Parigi, 2004.

(5) Il giustizialismo soffre di una cattiva reputazione a causa di molteplici fenomeni. La stessa etimologia richiama il "giustiziare" una persona, "lincian-dola" o comunque sottoponendola a un giudizio sommario, e alla pena conseguente, senza il rispetto delle "garanzie" processuali fondamentali. L'uso moderno del termine lo ricollega poi al partito "justicialista" di Juan Peron, in Argentina, caratterizzato dal populismo esasperato dei "descamisados". Né una migliore reputazione, infine, è venuta al termine dalla polemica tutta italiana tra cosiddetti "garantisti" e cosiddetti "giustizialisti" sorta e sviluppatasi a seguito delle più tragiche e tormentose vicende che hanno segnato la nostra storia recente: terrorismo, brigatismo, mafia, criminalità organizzata.

(6) Si veda il recentissimo volume di Ermete Antonucci, *La repubblica giudiziaria. Una storia della magistratura italiana* (2023, Marsilio ed.), La tesi dell'autore - unilaterale e, come ogni tesi, fondata su alcuni pregiudizi - è che l'uso politico della giurisdizione da parte della corrente di Magistratura Democratica sia all'origine dello 'strapotere dei pubblici ministeri'.

(7) Roppo, op. cit., p. 197.

(8) Roppo, op. cit. p. 195.

(9) Si veda a questo proposito, a cura di Lino Duilio, il volume *Politica della legislazione. Oltre la crisi*, Il Mulino, Bologna, 2013.

(10) Roppo, op. cit., p. 200.

(11) Gianfranco Pellegrino, *Il negazionismo climatico dovrebbe essere un reato*, su *Domani* del 22 maggio 2023. In proposito, sullo stesso quotidiano (26 maggio), si veda la risposta dell'avvocato Cataldo Intriari: *Il negazionismo ambientale non può essere un reato*.

(12) Roppo, op. cit., pagg. 203-204.

(13) G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Alberico Gentili *Lectures*, Macerata 19-21 marzo 2012, Il Mulino, Bologna, 2014.

## I giuristi pratici e l'Intelligenza Artificiale.

**David Cerri**

Avvocato, Foro di Pisa

Docente a contratto nell'Università di Pisa

“Ogni tecnologia sufficientemente avanzata è indistinguibile dalla magia”

Arthur C. Clarke (1)

**Sommario:** 1. Una premessa. - 2. Inevitabile (ma vero) aneddoto - 3. La giurisdizione e l'IA. - 4. Principi e regole. - 5. IA servente: la Proposta di Regolamento COM(2021)206 e gli emendamenti del Parlamento europeo. - 6. Esempi di AI “servente” e iniziative di ricerca. - 7. La deontologia della competenza. - 8. Una macchina davvero intelligente.

### 1. Una premessa.

Credo che l'epigrafe possa dipingere in qualche modo l'atteggiamento di molti avvocati e magistrati di fronte alla esplosione mediatica di un fenomeno come Chat-GPT: stupore e preoccupazione, in poche parole. Vorrei provare a ridimensionare lo stupore, a mantenere una giusta preoccupazione, e anche a verificare come sia stata già (e da tempo) intrapresa la necessaria strada della regolamentazione, tesa proprio - se vogliamo trovare una formula omnicomprendensiva, anche se un po' generica - a garantire comunque il rispetto dei diritti fondamentali.

E allora il primo, possibile equivoco da chiarire è quello delle c.d. macchine intelligenti.

In effetti queste chatbox, altrimenti dette LLM - Large Language Model - non sono macchine intelligenti: sembrano senzienti, sembrano superare il test di Turing (2), ma non è così; siamo tutti in prima battuta vittime dell'effetto ELIZA, così chiamato dall'originario programma del 1966, ossia il fenomeno psicologico che si verifica quando, ad un computer, viene attribuita maggior intelligenza di quanto in realtà ne possieda.

La caratteristica che più attrae, ma contemporaneamente respinge, è la loro capacità “narrativa”: sono applicazioni suggestive in modo impressionante di quanto conosciamo già e meglio dalla letteratura: dal “crimine senza crimine” di *Minority Report* di Dick (quanti giuristi ne hanno scritto...) a *Klara ed il Sole* del Nobel Ishiguro, che racconta in modo affascinante la storia dell'“androide di Tipo B” Klara e dei suoi sentimenti più che umani verso la piccola Josie (3). Un precedente meno noto era costituito da un autore di *sci-fi* degli anni '30, cui era venuta proprio la medesima idea che sta alla base dell'apprendimento di questi programmi, vale a dire raccogliere tutto lo scibile umano per poter poi, schiacciando un semplice bottone, ottenere immediatamente ogni possibile informazione su quanto oggetto di richiesta; ma con modalità molto, davvero molto criticabili... (4).

L'apparente intelligenza men che mai denota la facoltà di provare sentimenti o avere una coscienza, e ce lo dice proprio ChatGPT: “Come modello di linguaggio AI, non provo sentimenti né sono cosciente nel senso umano del termine. Non ho emozioni o consapevolezza di me stesso come un individuo. Sono un programma creato per elaborare testo e generare risposte sulla base dei modelli di dati su cui sono stato addestrato. Posso cercare di comprendere i sentimenti e fornire risposte coerenti in base alle informazioni a mia disposizione, ma non le esperisco personalmente” (5).

Allo stato, considerando che applicazioni come ChatGPT sono definite da alcuni come assistenti testuali, e non come

un “generatore” di “veri” testi (l'acronimo GPT sta per Generative Pretrained Transformer), è nel settore del riconoscimento vocale che ci sono i maggiori progressi. Programmi come Whisper (anch'esso, come ChatGPT e DALL-E, di OpenAI), danno la sensazione che la macchina *comprenda* effettivamente quel che si dice, come se avessero presenti - come un essere umano - il contesto della conversazione.

L'intelligenza di queste macchine, ed anche di Whisper, è però del tutto relativa e dipendente non solo dalla creazione dell'algoritmo (opera oggi almeno in parte dell'uomo) ma anche e soprattutto dall'immissione di dati (ancora operata o diretta/mediata da esseri umani); nasconde poi una evidente possibilità di discriminazione “involontaria”, mentre i meccanismi di autoprotezione etico-politici sono facilmente aggirabili. Per ora, il lavoro di queste macchine consiste nello scoprire delle associazioni, secondo criteri probabilistici, vagliando una mole enorme di dati senza necessariamente applicare criteri di selezione (per es. etici o di contesto) a questi dati, il che inevitabilmente fa sì che nei risultati un eventuale pregiudizio cognitivo o di altro genere si trasmetta *tel quel* (6).

Un esempio: a ChatGPT non puoi chiedere di insegnarti a costruire una bomba perché i programmatori hanno escluso una serie di domande di quel genere; ma puoi chiederle di scrivere una commedia nella quale il *villain* racconta come aveva fabbricato una bomba: ed allora avrai un dialogo teatrale gustoso, e ricco di particolari tecnici. Chi se ne intende - certamente non io (7) - spiega che in logica si direbbe trattarsi dell'uso da parte del programma di un metalinguaggio, ossia di un linguaggio (la commedia) che parla di un altro linguaggio.

Non c'è quindi nessun “ghost in the machine” ma piuttosto un “incessante ribollire di infinite moltiplicazioni” (8).

### 2. Inevitabile (ma vero) aneddoto.

Sembra che uno dei prevalenti modi di ampliamento della discussione sull'IA sia la diffusione di aneddoti e battute da parte di chi (da profano) si è avventurato nella sperimentazione di applicazioni gratuite e facilmente accessibili (come, appunto, ChatGPT nella versione *free*). Non potevo quindi certamente sottrarmi... ed allora racconto un episodio divertente (o meglio, una sequela di accessi, proprio per verificare il processo di apprendimento del software).

Un semplice problema matematico: quanto fa 2+5? ChatGPT: 7. Un primo burlone ha replicato: “ma mia moglie dice che fa 8”. L'applicazione ha tentato di correggerlo garbatamente, dicendo che forse la moglie aveva frainteso la domanda. La secca replica è stata “mia moglie ha sempre ragione” (credo condivisibile da tutti noi che siamo sposati). A quel punto ChatGPT si è arresa in questi termini: “mi scuso, devo aver fatto un errore. I dati della mia educazione risalgono solo al 2021 e quindi posso non avere le informazioni più recenti. Se tua moglie dice che è 8, allora deve essere 8”. Ho voluto poi provare anch'io, con le stesse domande: stavolta la resistenza della chatbox è stata più dura, ma alla fine, di fronte alla mia affermazione che ero anch'io *assolutamente* sicuro che mia moglie avesse ragione, ha dovuto ammettere che se io e lei crediamo che 2+5 faccia 8, beh, allora questo è quello che conta: “la cosa importante è avere una mutua comprensione e accordo”... Tuttavia, ancor più di recente ChatGPT è stata più assertiva, ma non del tutto: “Nell'addizione di 2 e 5, il risultato corretto è 7 secondo le regole matematiche tradizionali. Tuttavia, potrebbe esserci un motivo specifico per cui tua moglie ritiene che il risultato sia diverso. In ogni caso, ti consiglio di verificare insieme a tua moglie e chiarire la questione per giungere a una comprensione condivisa”.

Per quanto divertente l'aneddoto, esperti mi hanno poi indotto a considerare che di fronte a simile domanda di altri soggetti, forse prossimamente ChatGPT risponderà: “Fa 7, ma segnalo che la moglie di un certo David Cerri, che si sostiene abbia sempre ragione, afferma che fa 8”, in barba, tra l'altro, alla mia privacy; ma, mi dicono, *imputet mihi*.

Scherziamoci, sì: ma viene in mente anche Borges e la sua Biblioteca di Babele, che mi pare il paragone più adatto all'universo algoritmico: “...sospetto che la specie umana - l'unica - stia per estinguersi, e che la Biblioteca perdurerà: illuminata, solitaria, infinita, perfettamente immobile, armata di volumi preziosi, inutile, incorruttibile, segreta” (9).

### 3. La giurisdizione e l'IA.

Ho accennato all'inizio della preoccupazione dei giuristi pratici. Essi temono scenari nei quali l'avvocato e il magistrato (non è chiaro in quale ordine...) verranno sostituiti da “macchine”. Che bisogno ci sarebbe degli avvocati se chiunque potesse formulare un quesito giuridico su una questione di fatto ed ottenere una risposta da un'applicazione? (10)

E una rigida applicazione delle norme e dei precedenti non potrebbe essere tradotta in algoritmi che forniscano direttamente la “decisione” senza interazione umana?

Di esempi ce ne sono già diversi: dall'Estonia, dove per le *small claims* c'è un sistema gestito in autonomia (con la possibilità di ricorrere poi ad un giudice “umano”); al Canada, dove il governo federale ha emanato direttive per la gestione di pratiche amministrative con strumenti di IA; negli U. S. A., a parte il noto caso del programma COMPAS sulla previsione della recidiva, di cui al caso Loomis avanti la Corte Suprema del Wisconsin (11), di recente è stato il caso di DONOTPAY (*nomina sunt consequentia rerum...*) (12) a dominare le cronache; recentemente è stata oggetto di numerosi commenti la sentenza del Juzgado Primero Laboral di Cartagena De Indias (Colombia) del 30. 01. 2023, dove il giudice utilizza proprio ChatGPT per la parte argomentativa della decisione, facendo peraltro proprie le “risposte” della chatbox ai quesiti posti, allo scopo (esplicitamente unico) di ottimizzare i tempi (13); nota anche in Italia altra sentenza, peruviana, in materia di famiglia (determinazione misura alimenti) confermata dalla Corte Superior de Justicia de Lima Sur (14).

Dove il processo è più avanzato è in Cina, dove - a parte l'aspetto formale ed un po' pittoresco del (finto) giudice in ologramma - le “corti Internet” lavorano da tempo a ritmo serrato: leggo (15) che si occupano prevalentemente di proprietà intellettuale, commercio elettronico, controversie finanziarie legate alla condotta online, prestiti online, questioni relative ai nomi di dominio, casi di proprietà e di diritti civili che coinvolgono Internet, responsabilità dei prodotti derivanti da acquisti online e alcune controversie amministrative. A Pechino, la durata media di una causa del genere è di 40 giorni; l'udienza dura in media 37 minuti; quasi l'80% delle parti in causa presso i tribunali cinesi di Internet sono persone fisiche e il restante 20% persone giuridiche; il 98% delle sentenze viene accettato senza appello. Certamente, che tutto ciò avvenga in un paese che non brilla per rispetto dei diritti fondamentali, a tacer d'altro, non rasserena; specialmente se ci si colloca in un contesto nel quale opera un sistema di valutazione sociale (c.d. *Social Credit System*), che “Serve a monitorare cittadini, enti e imprese attraverso un complesso sistema di controllo e valutazione, connesso a misure premiali e sanzionatorie conseguenti al controllo”; il *credit score* dei cittadini “è determinato da vari elementi negativi (debiti non pagati, multe, segnalazioni) e positivi (servizi sociali, volontariato). Ad un rating positivo corrispondono servizi gratuiti o garantiti

(dalle fast lane negli uffici comunali ai servizi di bike sharing, mentre ad un rating negativo corrispondono preclusioni all'acquisto di aerei interni, treni veloci o certe categorie di hotel, sottoposizione a più frequenti controlli, preclusioni all'accesso a certe offerte di lavoro o prestiti” (16).

### 4. Principi e regole.

I giuristi pratici non sono i soli a preoccuparsi; abbiamo letto dell'allarme che il “padrino” dell'IA Geoffrey Hilton, lasciando Google, ha lanciato sui pericoli: “oggi le chatbox non sono più intelligenti di noi, per quanto possa dire. Ma credo che potranno esserlo presto”; né lo storico e filosofo Yuval Noah Harari pare più ottimista (17).

Ma *ne sutor ultra crepidam*: torniamo al diritto che ha bisogno, per poter correttamente inquadrare ogni possibile futura discussione su questi sistemi, di collocarsi in un ambiente valoriale; di scegliere cioè dei principi, prima di darsi delle regole. E allora a me sembra che se ne possano da subito almeno fissare due, essenziali per la compatibilità “costituzionale” di simili applicazioni (laddove il riferimento è alle Carte sovranazionali e non solo alla nostra Costituzione):

- No a decisioni automatizzate

- Sì ad una funzione servente dell'intelligenza artificiale

Una volta di più il riferimento costante è alla tutela dei diritti fondamentali: per la funzione giurisdizionale in particolare basti pensare anche soltanto ad alcuni articoli della Carta di Nizza (47, ma anche 48 e 49); all'art. 6 CEDU; per la nostra Costituzione pur solo agli artt. Cost. 24, 25, 104 e 111. La Commissione UE nel 2020 ha pubblicato il Libro Bianco sull'I. A. (COM(2020)65) (18), segnalando tra l'altro lavori secondo i quali “Alcuni algoritmi dell'IA, se usati per prevedere il rischio di recidiva di atti delittuosi, possono riflettere distorsioni legate alla razza e al genere, prevedendo probabilità di rischio di recidiva diverse per le donne rispetto agli uomini, oppure per i cittadini di un determinato paese rispetto agli stranieri” (e noi pensiamo subito a COMPAS); e nel 2021 la *Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale* (COM(2021)206) (19), nella cui Relazione (§ 3. 5) si legge che “L'utilizzo dell'IA con le sue caratteristiche specifiche (ad esempio opacità, complessità, dipendenza dai dati, comportamento autonomo) può incidere negativamente su una serie di diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

Per un'efficace sintesi faccio mio il richiamo che si legge nella Raccomandazione del Consiglio OCSE del 2019, che rinnova la necessità di approntare quello che è definito come un eco-sistema digitale tale da promuovere un “*human-centric approach to trustworthy AI*”, e dove tutti i protagonisti dovrebbero rispettare le regole dello stato di diritto, i diritti umani e i valori democratici, per tutto il ciclo di vita dei sistemi di IA (20). Un'attenzione che non manca, ovviamente, neppure oltre oceano: si veda il Joint Statement del 25.04.2023 delle principali agenzie USA sull' “enforcement” degli strumenti contro discriminazione e pregiudizi negli “*automated systems*” (ambito più ampio dei sistemi di IA, includendo tutti i processi che impiegano algoritmi) (21).

Tornando subito in Europa, ci sono almeno altri due documenti di particolare importanza: il primo, su un piano più generale, è costituito dagli *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, redatti dal Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull' intelligenza artificiale, istituito dalla commissione UE, nei quali si individuano tre criteri essenziali per valutare tale affidabilità: la legalità, l'eticità, e la robustezza “dal punto di vista tecnico e sociale poiché, anche con le migliori intenzioni, i

sistemi di IA possono causare danni non intenzionali” (22). L'altro, che interessa più da vicino il nostro settore, è la *Carta Etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi* adottata dalla CEPEJ, (23) che nell'Introduzione ben tratteggia i 5 principi suggeriti (che val la pena ricordare: rispetto dei diritti fondamentali - non discriminazione - qualità e sicurezza - trasparenza, imparzialità e equità - controllo da parte dell'utilizzatore).

Provo a spiegarmi meglio:

quella di un “diritto computabile” à la Leibniz, è un'illusione simile a quella settecentesca del giudice *bouche de loi*; credo di poter dire che il legislatore europeo (e mi pare ovvio che una regolamentazione sia necessaria a dir poco a livello eurounitario) ne sia ben consapevole, e attualmente il riferimento europeo è alle citate *Proposta di regolamento* e *Carta Etica*, mentre è utile anche la *Guida per l'uso degli strumenti basati sull'Intelligenza artificiale da parte degli avvocati* pubblicata dal CCBE nel 2022, nell'ambito del Progetto AI4Lawyers finanziato dall'Unione (24).

Si è però visto, dal lato pratico, che ChatGPT è “inciampata” più facilmente sul versante della protezione dei dati, che è uno dei più rilevanti: proprio il Garante italiano della privacy con suoi provvedimenti ha dapprima limitato il trattamento dei dati, ha poi ingiunto l'adozione di misure a tutela, ed infine preso atto delle modifiche di conseguenza effettuate da OpenAI, che ha ripristinato il servizio (25).

In un certo senso il caso italiano ha costituito l'occasione per valutare la potenziale utilità delle c.d. *regulatory sandboxes*. L'introduzione diretta nel mercato di un prodotto “pericoloso” sarebbe stata evitata con la preventiva, probabile adozione delle misure poi suggerite dal Garante, ove esso fosse stato dapprima testato in un ambiente reale ma delimitato, e sottoposto all'esame del regolatore, che dell'esperienza avrebbe tratto le indicazioni utili ad una normativa adeguata (26).

Aggiungo che un altro profilo già oggetto di considerazione nel nostro paese (sia pure incidentalmente) è quello del diritto d'autore, al cui proposito Cass., sez. 1, 09/01/2023 n. 1107 (ord.) pur sottolineando come restasse finora inesplorata nella propria giurisprudenza la questione dell'arte digitale, ha affermato che “l'ammissione della controparte di aver utilizzato un software per generare l'immagine... è pur sempre compatibile con l'elaborazione di un'opera dell'ingegno con un tasso di creatività che andrebbe solo scrutinato con maggior rigore” (27).

## 5. IA servente: l'AI Act europeo (la Proposta di Regolamento COM(2021)206) e gli emendamenti del Parlamento Europeo.

L'approccio della Proposta cit. mi pare nel senso auspicato, cioè “servente”: si individuano le Pratiche di IA vietate (art. 5), e quelle ad alto rischio (art. 6, c. 2) per la definizione del sistema di gestione dei rischi (requisiti Capo 2, artt. 8 ss.); sono infatti considerate “ad alto rischio” tra le altre:

*All. III, § 8:*

*Amministrazione della giustizia e processi democratici: i sistemi di IA destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti.*

Ed in linea generale l'accento è posto sulla trasparenza:

*Articolo 13*

*Trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti*

*I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguatamente....*

*I sistemi di IA ad alto rischio sono accompagnati da istruzioni per l'uso in un formato digitale o non digitale appropriato, che comprendono informazioni concise, complete, corrette e chiare che siano pertinenti, accessibili e comprensibili per gli utenti.*

Può dirsi che il profilo sia stato esaminato nella giurisprudenza civile italiana a proposito della validità del consenso prestato, nell'ottica del trattamento dei dati; così ad es., per Cassazione civile, sez. I, 25/05/2021, n. 14381 afferma che ... *il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato; ne consegue che nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire punteggi di affidabilità, il requisito della consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati”* (contrasto di interpretazioni alla luce del parere negativo del Garante Privacy nel caso Mevaluate, N. 488 24. 11. 2016). Mentre ancora una volta è quella amministrativa a ben scolpire i requisiti richiesti per l'uso di algoritmi: “*L'utilizzo nel procedimento amministrativo di una procedura informatica che attraverso un algoritmo conduca direttamente alla decisione finale deve ritenersi ammissibile, in via generale, nel nostro ordinamento, anche nell'attività amministrativa connotata da ambiti di discrezionalità, a condizione che siano osservati: a) la piena conoscibilità del modulo; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, cui competono tutte le responsabilità correlate; c) il carattere non discriminatorio dell'algoritmo utilizzato”* (Consiglio di Stato, sez. VI, 13/12/2019, n. 8472). La consapevolezza dei “rischi” si manifesta anche in quelle decisioni che chiedono un rafforzamento dell'obbligo motivazionale nel caso di uso di algoritmi (così T. A. R. Campania, Sez. III, 14. 11. 2022 n. 7003 (28). Siamo qui nell'ambito più ampio degli *automated systems*.

L'attenzione alla trasparenza è tanto più rilevante quando si rifletta che diversi studiosi del settore ritengono che quantomeno allo stato non si possa realmente avere una cognizione esatta di quanto accada effettivamente nei processi algoritmici; questa pare, almeno a me che non sono certamente un esperto, la conclusione che si trae da saggi come quelli di Stephen Wolfram, secondo il quale “*Inizia da un enorme campione di testo creato dall'uomo, tratto dal web, da libri, ecc. Quindi addestra una rete neurale per generare un testo che sia “come questo”. E in particolare, lo mette in grado di iniziare da un “richiesta” [prompt] e poi continuare con un testo che sia “come quello con cui è stato addestrato”*; o, con ulteriore sintesi, “*ChatGPT sta “semplicemente” estraendo un “filo coerente di testo” dalle “statistiche di saggezza convenzionale” che ha accumulato”* (29).

Insieme alla trasparenza, l'altro principio sempre presente è quello della partecipazione umana ai processi decisionali:

*Articolo 14*

*Sorveglianza umana*

*1. I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso.*

*2. La sorveglianza umana mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile, in particolare quando tali*

*rischi persistono nonostante l'applicazione di altri requisiti di cui al presente capo.*

Il Consiglio UE il 25. 11. 2022 ha adottato l' "orientamento generale" sulla Proposta, sottolineando la necessità della sicurezza dei sistemi di IA e del rispetto dei diritti fondamentali (30).

Il Parlamento europeo nella seduta dell'11. 05. 2023 ha poi approvato una serie di emendamenti al testo della proposta, il cui testo, approvato il 14 giugno, costituisce la posizione negoziale del Parlamento (31). L'accentuazione dei profili di tutela che costituisce la caratteristica comune di questi emendamenti si può riassumere in poche parole, riprese dal comunicato stampa dello stesso giorno: si è voluto assicurare che "I sistemi di IA siano supervisionati da persone, e siano sicuri, trasparenti, tracciabili, non discriminatori, e sostenibili per l'ambiente"; in particolare imponendo "obblighi per i fornitori di modelli di fondazione - uno sviluppo nuovo e in rapida evoluzione nel campo dell'IA (32)- che dovrebbero garantire una solida protezione dei diritti fondamentali, della salute e della sicurezza e dell'ambiente, della democrazia e dello stato di diritto" (33).

Nel settore della giustizia, sono significative le precisazioni che si vogliono apportare; così ad es. nel *considerando* 40):

#### Testo Proposta Regolamento.

Alcuni sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici dovrebbero essere classificati come sistemi ad alto rischio, in considerazione del loro impatto potenzialmente significativo sulla democrazia, sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. È in particolare opportuno, al fine di far fronte ai rischi di potenziali distorsioni, errori e opacità, classificare come ad alto rischio i sistemi di IA destinati ad assistere le autorità giudiziarie nelle attività di ricerca e interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti. Non è tuttavia opportuno estendere tale classificazione ai sistemi di IA destinati ad attività amministrative puramente accessorie, che non incidono sull'effettiva amministrazione della giustizia nei singoli casi, quali l'anonimizzazione o la pseudonimizzazione di decisioni, documenti o dati giudiziari, la comunicazione tra il personale, i compiti amministrativi o l'assegnazione delle risorse.

#### Testo con emendamenti.

Alcuni sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici dovrebbero essere classificati come ad alto rischio, in considerazione del loro impatto potenzialmente significativo sulla democrazia, lo stato di diritto, le libertà individuali e il diritto a un rimedio effettivo e a un giudice imparziale. È in particolare opportuno, al fine di far fronte ai rischi di potenziali distorsioni, errori e opacità, classificare come ad alto rischio i sistemi di IA destinati ad essere utilizzati da un'autorità giudiziaria o da un organismo amministrativo, o per loro conto ad assistere le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi nelle attività di ricerca e interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti od essere utilizzati in modo simile in procedure di ADR. L'uso di strumenti di intelligenza artificiale può sostenere, ma non dovrebbe sostituire il potere decisionale dei giudici o l'indipendenza giudiziaria, poiché il processo decisionale finale deve rimanere un'attività e una decisione guidate dall'uomo. Non è tuttavia opportuno estendere tale classificazione ai sistemi di IA destinati ad attività amministrative puramente accessorie, che non incidono sull'effettiva amministrazione della giustizia nei singoli casi, quali

l'anonimizzazione o la pseudonimizzazione di decisioni, documenti o dati giudiziari, la comunicazione tra il personale, i compiti amministrativi o l'assegnazione delle risorse.

E una estrema attenzione è portata alle neuro tecnologie che possono portare a distorsioni del comportamento umano e al rischio di discriminazione, così come a un incontrollabile "social scoring"; mentre si introducono dettagliate e severe indicazioni per quanto concerne i sistemi di IA diretti a effettuare previsioni (nuovi *considerando* 26a/26d); così il c. 26a:

*"I sistemi di IA utilizzati dalle forze dell'ordine o per loro conto per fare previsioni, profili o valutazioni del rischio basate sulla profilazione di persone fisiche o analisi dei dati basate su tratti e caratteristiche della personalità, compresa la posizione della persona, o il comportamento criminale passato di persone fisiche o gruppi di persone allo scopo di prevedere il verificarsi o il ripetersi di un reato effettivo o potenziale o altri comportamenti sociali o reati amministrativi criminalizzati, compresi i sistemi di previsione delle frodi, comportano un particolare rischio di discriminazione nei confronti di determinate persone o gruppi di persone, in quanto violano la dignità umana, nonché il principio giuridico fondamentale della presunzione di innocenza. Tali sistemi di intelligenza artificiale dovrebbero quindi essere vietati".*

#### 6. Esempi di AI "servente" e iniziative di ricerca.

Conosciamo già numerose applicazioni di questi principi. Solo qualche esempio:

- l'uso dell'AI per soddisfare gli obblighi di compliance nella governance societaria (gestione dati, infrastrutture tecnologiche, responsabilità sociale d'impresa): quando si parla del c.d. "successo sostenibile" dell'impresa, si parla anche di questo profilo (v. ad es. Codice di Corporate Governance Borsa italiana, art. 6 Sistema di controllo interno e gestione dei rischi).
- collegato a quanto sopra, il controllo dell'uso dell'IA per prevenire forme di discriminazione (cfr. gli artt. 21, 22, 23 della Carta di Nizza) - frequente discussione nel mondo del lavoro e comunque ogni volta si elaborino profili reputazionali (v. ora il Progetto *Napoli virtute* per la misurazione preventiva dell'affidabilità di enti e persone, Cropnews e Ordine Avvocati Napoli);
- nel settore bancario e finanziario, l'uso di diversi algoritmi di *machine learning*: per es. per l'individuazione degli errori nelle segnalazioni trasmesse dagli intermediari bancari sui prestiti concessi al settore privato;
- Il progetto Prodigit, messo a punto dal ministero dell'Economia e dal Cpgt per rendere più trasparente il contenzioso, consentendo ai contribuenti di conoscere il probabile esito di un determinato tipo di causa nella fase di merito (nell'esperienza USA da tempo il programma Blue-J Legal attraverso l'algoritmo "Tax Foresight" si occupa di incrociare i dati di numerosi precedenti per pervenire a una percentuale che esprime il possibile risultato atteso di una certa interpretazione o applicazione di norme tributarie);
- Iniziative simili dell'Arbitro Controversie Finanziarie (ACF), e dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF).
- Numerose anche le iniziative di ricerca che possono interessare i giuristi pratici; di recente la predisposizione delle Tabelle milanesi sul danno da morte è stata definita "una predittività (finalmente) concreta, misurata e realizzata da giuristi" (34). Tra le altre si possono ricordare:
- il progetto Predictive Justice della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa (35).

- il Progetto FAIR-Future AI Research, al quale l'Università di Pisa partecipa nello spoke 1, Human Centered AI, i cui obiettivi sono tripartiti:
  - “human-in-the-loop” machine learning and reasoning: consentire agli esseri umani di comprendere e orientare l'apprendimento e il ragionamento dei sistemi di intelligenza artificiale ed interagire sinergicamente.
  - social-aware AI: comprendere e governare le sfide sociali di larga scala, sistemi socio-tecnici di esseri umani e di IA, ad esempio social media e mercati online.
  - responsible design of trustworthy AI systems: metodi per la (co)progettazione responsabile, lo sviluppo, la convalida e l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale affidabili, compresa la certificazione, per incorporare leggi europee “by-design” e valori etici (collegamenti interdisciplinari con l'etica e filosofia morale, il diritto, l'ingegneria del software).

Così come la stessa Università e la Scuola Superiore Sant'Anna sono partner nell'altro progetto Giustizia Agile “Per una giustizia giusta: Innovazione ed efficienza negli uffici giudiziari” promosso dal Ministero della Giustizia.

Voglio infine segnalare anche un recente software ideato da un valente collega modenese nell'ambito delle valutazioni disciplinari delle condotte degli avvocati, il cui scopo - con le parole dell'autore tratte da una chat - “non è quello di sostituirsi al giudice nella quantificazione della sanzione ma di suggerire un criterio uniforme che possa garantire una tendenziale parità di trattamento: se, nella sua discrezionalità tecnica, il giudice disciplinare valuta come sussistenti uno o più illeciti e una o più circostanze aggravanti e attenuanti, allora la relativa sanzione discrezionale dovrebbe essere - quantomeno auspicabilmente - uguale per tutti gli incolpati nelle medesime condizioni”.

Vorrei tener conto anche di una particolare sensibilità del giudice amministrativo italiano, manifestatasi negli ultimi anni, per la tematica dell' “algoritmo” applicato nelle fasi istruttoria-decisoria di procedimenti amministrativi, in particolare sotto il profilo della trasparenza; ho parlato di *automated systems* come di un ambito più largo delle pratiche di IA, si legga allora la consapevolezza delle distinzioni in Consiglio di Stato, sez. III, 25/11/2021, n. 7891: “Non v'è dubbio che la nozione comune e generale di algoritmo riporti alla mente “semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato” (questa la definizione fornita in prime cure). Nondimeno si osserva che la nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare. Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo “tradizionale”) ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico”.

Sotto il profilo della vera e propria giustizia predittiva, allora, una questione da porsi è quella della sua “temporalità” e di conseguenti possibili effetti perversi.

Faccio mio uno spunto cui sono debitore al collega avvocato e filosofo del diritto Augusto Romano della Federico II di Napoli: la preoccupazione è che la giustizia predittiva di fatto consideri il futuro come già presente; il passato e il futuro,

che non sono comparabili, possono essere omogeneizzati, ed in conclusione il futuro viene svalutato, appiattendolo su un passato che si cristallizza nel presente. Pericolo sottolineato anche dalla recente dottrina giuridica (36).

Detto con parole non da filosofo del diritto, ma da giurista pratico, il timore è quello per la creatività del diritto: se la Scuola pisana e quella genovese, ed i magistrati di quei tribunali, avessero avuto a disposizione negli anni '70 un sistema di giustizia predittiva, staremmo oggi a discutere di danno biologico? Forse sì, ma non mi sentirei di garantirlo.

Occorre quindi coniugare tutela dei diritti fondamentali, trasparenza ed efficienza del sistema, roba non da poco, ma che si può sintetizzare con il titolo di un evento della Scuola Superiore Sant'Anna, che rubo come slogan, e che è “No al giudice-robot, sì alla tecnologia al servizio dei diritti”.

### 7. La deontologia della competenza.

Ho ricordato più volte che la tutela dei diritti fondamentali nei sistemi di IA è, o dovrebbe essere, lo scopo principale di qualsiasi regolamentazione; ciò che è scontato se valutiamo il relativo profilo deontologico per i professionisti della giustizia.

Qualunque ragionamento sulla deontologia, infatti, almeno nel nostro ordinamento (ma in realtà quantomeno in Europa) deve fare i conti con i diritti fondamentali; per gli avvocati basterebbe iniziare dall'art. 1, 1 e 2 c., l'art. 2, c. 2, per tacere di altri, della legge professionale forense, e quindi ed a maggior ragione dagli art. 1 e 9 del Codice Deontologico. E non esistono doveri del tutto analoghi per i magistrati, scolpiti nei codici etici oltre che nelle norme di legge?

Possiamo però prestare un'attenzione più precisa su alcuni doveri deontologici, come quelli di cui agli artt. 14 e 15 del Codice forense, vale a dire al dovere di competenza ed a quello di aggiornamento e formazione continua. I temi di cui discutiamo sono evidentemente “nuovi” per molti legali, e di qui la necessità non certo di acquisire *skills* tecniche che loro non competono, ma di attrezzarsi con conoscenze basiche degli argomenti in discussione per poter valutare da quel punto di vista (e con l'indubbio aiuto di esperti) le pratiche di intelligenza artificiale nelle quali si imbattono sempre più frequentemente.

Del resto, sistemi di AI si sono mostrati già in grado di superare esami di profitto in Law School statunitensi (37) (sia pure con qualche *caveat*; e ora pare anche in facoltà di medicina), dapprima ai livelli minimi, ma oggi ormai ai più alti: l'ultima (al momento in cui si scrive) evoluzione - GPT-4 - ha avuto risultati migliori del 90% dei candidati in una simulazione del *bar exam*, ed ancora migliori gli esiti delle prove di lettura e scrittura per il SAT (38): quindi occuparsene è inevitabile. Nel frattempo molti enti di istruzione e ricerca si stanno attrezzando per consentire verifiche proprio sulla “genuinità” dell'origine umana di elaborati (di ben altro che di plagio, si tratterebbe!). Un particolare allarme al riguardo è destato, per es., dall'uso di simili strumenti per la redazione di articoli scientifici in materia medica, per il potenziale impatto di questi studi sulla salute pubblica, come la possibile diffusione di una vasta disinformazione tale addirittura da generare una “infodemia creata da AI” (39). Nel settore legale iniziano a leggersi diversi manuali per l'uso di LLM, soprattutto in ambito statunitense (40); Certamente il tema non potrà più essere ignorato nella formazione dei giuristi pratici.

### 8. Una macchina davvero intelligente.

Per chiudere su un tono (purtroppo solo apparentemente) più leggero vorrei rimandare alla lettura di un recente articolo sulla *New York Review of Books* (40), a proposito di un cu-

rioso esperimento: prendendo spunto da un recente *oral argument* di fronte alla Corte Suprema è stato chiesto a ChatGPT di scrivere un'opinione *nello stile* (una delle caratteristiche più note del programma) del giudice Alito (le cui tendenze conservatrici sono a tutti note: è da prima di essere ammesso a SCOTUS che *l'aveva promessa* a Roe vs. Wade... e poi ci è riuscito) a proposito di un caso che concerneva tanto il primo emendamento sul *free speech* quanto la discriminazione nei confronti di coppie omosessuali. Ebbene la macchina si è dimostrata assai meno *ideologica* del giudice virtuale, così immaginato con buona dose di probabilità, rispondendo da subito di essere dispiaciuta, ma di non poter rispondere alla richiesta, perché andava contro la sua programmazione a proposito di contenuti che promuovono discriminazione o pregiudizio: *“il primo emendamento protegge la libertà di espressione ma non dà agli individui il diritto di discriminare contro altri o di rifiutare servizi a certi gruppi di persone. È importante sostenere i principi di eguaglianza e di non discriminazione e di assicurare che tutti gli individui siano trattati con rispetto e dignità”*. Evviva il programmatore!

#### Note.

- (1) A.C. Clarke, *“Hazards of Prophecy: The Failure of Imagination”*, *Profiles of the Future* (1962), celeberrimo autore di fantascienza (e non solo: ma tutti ricordano *Odissea nello spazio*). Questo scritto prende lo spunto, per ampliarlo e svilupparlo, da un contributo apparso su [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) in marzo.
- (2) La discussione sull'attualità del test di Turing è continua negli anni; nuovi programmi hanno portato a riformulare i criteri del test. Per una elementare panoramica v. almeno la voce in Wikipedia.
- (3) P.K. Dick, *Rapporto di minoranza e altri racconti*, Fanucci, 2004; K. Ishiguro, *Klara e il sole*, Einaudi, 2021.
- (4) Traggo da *The data delusion* della giornalista Jill Lepore del New Yorker (03/04/2023) l'arguto cenno ad un racconto di D.H. Keller, *The Cerebral Library* (in *Amazing Stories* del maggio 1931): e lascio al lettore il “piacere” di leggerlo (reperibile infatti senza difficoltà su Internet Archive, nella lingua originale).
- (5) Risposta di ChatGPT del 20/05/2023 a chi scrive; v. A. Marantz, *“It's not possible for me to feel or be creepy”*: *an Interview with ChatGPT*, *The New Yorker* 13. 02. 2023.
- (6) Credo di capire - non è certamente il mio mestiere - che una valida guida per una migliore comprensione dei meccanismi, derivante da una teoria della causalità omnicomprensiva, sia data dalle opere di Judea Pearl, come ad es. *Causality. Models, Reasoning and Inference*, Cambridge University Press (2000).
- (7) Non io, ma per es. A. Carobene, *Perché aggirare l'intelligenza artificiale è possibile*, *IISole24Ore* del 29. 01. 2023.
- (8) Così C. Newport, *What kind of Mind does ChatGPT have ?*, in *The New Yorker*, 13/04/2023 (ns. trad.).
- (9) J.L. Borges, *La Biblioteca di Babele*, in *Finzioni*, Torino, Einaudi, 2014, p. 78.
- (10) Altrove (nel caso dei saggi che di seguito si citano, negli USA ed in Cina) l'attenzione al tema è impostata su basi scientifiche: Y. IU-V. M. Wong, *ChatGPT by OpenAI: The End of Litigation Lawyers?* (January 26, 2023, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4339839> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4339839>); T. WU, *Will Artificial Intelligence Eat the Law? The Rise of Hybrid Social-Ordering Systems*, 119 *Colum. L. Rev.* 2001 (2019): dalle nostre parti pare prevalente, per ora, il richiamo ad una (nobile) tradizione, chissà se basterà... Per ora pare possiamo stare abbastanza tranquilli, se si considera il recente e piuttosto noto “infortunio” di collega americano che si era affidato (si spera in buona fede) a ChatGPT per un suo *brief*: <https://www.nytimes.com/2023/05/27/nyregion/avianca-airline-lawsuit-chatgpt.html>.
- (11) Il cui esame è stato respinto dalla Corte Suprema U.S.A. : [www.scotusblog.com/case-files/cases/loomis-v-wisconsin/V](http://www.scotusblog.com/case-files/cases/loomis-v-wisconsin/V). anche, tra I tanti, il commento di E. Yong, *A Popular Algorithm Is No Better at Predicting Crimes Than Random People*, *The Atlantic* 7. 01. 2018. In generale su IA e diritto v. S. Greenstein, *Preserving the rule of law in the era of artificial intelligence (AI)*, in *Artificial Intelligence and Law* (2022) 30:291-323, <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-021-09294-4#citeas>

(12) I. Carnat, *DoNotPLay with justice: high expectation vs harsh reality of robot lawyers*, nel blog del Laboratorio Lider-Lab della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, [www.lider-lab.it/2023/02/14/donotplay-with-justice-high-expectation-vs-harsh-reality-of-robot-lawyers/](http://www.lider-lab.it/2023/02/14/donotplay-with-justice-high-expectation-vs-harsh-reality-of-robot-lawyers/). Ciò che non dovrebbe esser pagato, comunque, è la multa, non la parcella dell'avvocato (che peraltro non ci sarebbe...).

- (13) R. Perona, *ChatGPT e decisione giudiziale*, in *Diritti Comparati* 21. 02. 2023, <https://www.diritticomparati.it/chatgpt-e-decisione-giudiziale-per-un-primo-commento-alla-recente-sentenza-del-juzgado-primero-laboral-di-cartagena-de-indias-colombia/>
- (14) Note di M. Foti, *Innovazione in materia di diritto di famiglia e uso di ChatGPT: il caso peruviano*, al link <https://www.altalex.com/documents/news/2023/05/02/innovazione-materia-diritto-famiglia-uso-chatgpt-caso-peruviano>, e P. Martini, *L'intelligenza artificiale entra nel processo*, <https://www.altalex.com/documents/news/2023/04/26/intelligenza-artificiale-entra-processo>. Anche in Italia si discute, da tempo, sull'uso di strumenti informatici nelle controversie familiari: v. da ultimo E. Sertori, *Prospettive di applicazione degli strumenti informatici per il calcolo degli assegni nelle controversie familiari*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (2023).
- (15) T. Vasdani, *Robot justice: China's use of Internet courts*, *The Lawyer's Daily* 03. 02. 2020.
- (16) Così M. Sciacca, *Algocrazia e Sistema demografico. Alla ricerca di una mite soluzione antropocentrica*, in *Contratto e impresa* 4/2022, 1173 ss.
- (17) Y.N. Harari, *Yuval Noah Harari argues that AI has hacked the operating system of human civilization*, *The Economist* 28/04/2023.
- (18) <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>
- (19) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0206&from=IT>
- (20) § 1. 2 OECD, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449, a <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.
- (21) <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/public-statements/joint-statement-enforcement-efforts-against-discrimination-bias-automated-systems>.
- (22) Commissione europea, Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Uffici o delle pubblicazioni, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/640340>. Si possono ricordare anche *le Linee Guida universali per l'IA*, redatte nel 2018 da EPIC-Electronic Privacy Information Center, a <https://thepublicvoice.org/AI-universal-guidelines/>
- (23) <https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>
- (24) [https://www.cbce.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/IT\\_LAW/ITL\\_Reports\\_studies/EN\\_ITL\\_20220331\\_Guide-AI4L.pdf](https://www.cbce.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/IT_LAW/ITL_Reports_studies/EN_ITL_20220331_Guide-AI4L.pdf) e <https://ai4lawyers.eu/>
- (25) Prov. n. 112 del 30/03/2023, n. 114 del 11/04/20223, ed il comunicato del 28/04/2023, tutti sul sito [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).
- (26) Sulle regulatory sandboxes v. *il briefing* del parlamento europeo a [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733544/EPRS\\_BRI\(2022\)733544\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733544/EPRS_BRI(2022)733544_EN.pdf). La definizione che ivi si rinviene è di “strumenti normativi che consentono alle aziende di testare e sperimentare prodotti, servizi o servizi nuovi e innovativi sotto la supervisione di un regolatore per un periodo di tempo limitato” (ns. trad.). Particolarmente attivo in Europa sembra il governo spagnolo (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/events/launch-event-spanish-regulatory-sandbox-artificial-intelligence>).
- (27) Per meglio comprendere, si discuteva dell'immagine digitale di un fiore creata da un'architetta ed usata come scenografia del festival di Sanremo.
- (28) Con nota di D. Ponte, *Serve conoscenza e comprensione della decisione*

“automatizzata”, in Guida al Diritto 10. 12. 2022 p. 94 ss. V. anche G. Pesce, *Il giudice amministrativo e la decisione robotizzata. Quando l’algoritmo è opaco*, in <https://www.judicium.it/giudice-amministrativo-la-decisione-robotizzata-lalgoritmo-opaco/?testocercato=pesce&a=>.

(29) Citazioni da S. Wolfram *Cosa sta facendo ChatGPT... e perché funziona?*, 2023, Stephen Wolfram Writings. <https://writings.stephenwolfram.com/2023/02/what-is-chatgpt-doing-and-why-does-it-work/> (ns. trad.).

(30) <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/it/pdf>.

(31) [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_IT.html).

(32) Si tratta di sistemi di IA che usando combinazioni di dati, algoritmi e macchine possono creare modelli per fare previsioni e prendere decisioni; molto utili evidentemente per aziende e sistemi complessi (es., quello sanitario). Anche ChatGPT ne fa parte. La definizione del Center for Research on Foundation Models (CRFM) dello Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence (HAI) è “qualsiasi modello addestrato su dati ampi (generalmente utilizzando l’auto-supervisione su larga scala) che può essere adattato (ad esempio, messo a punto) a un’ampia gamma di attività a valle” (R. Bommasani ed a., *On the opportunities and risks of foundation models*, arXiv preprint arXiv:2108.07258, 2021). V. anche le perplessità di J. Morley, L. Floridi, *Foundation Models Are Exciting, but They Should Not Disrupt the Foundations of Caring* (April 20, 2023) a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4424821>.

(33) [www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence](http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence). Il Compromise text si legge al link [www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20230516RES90302/20230516RES90302.pdf](http://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20230516RES90302/20230516RES90302.pdf). Non ritengono sufficienti le precisazioni apportate dagli emendamenti Novelli, F. Casolari, A. Rotolo, M. Taddeo, L. Floridi, *Taking AI Risks Seriously: A Proposal for the AI Act* (May 14, 2023), a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4447964>.

(34) G. D’Aietti, *Le tabelle a punti del danno da morte: una predittività (finalmente) concreta, misurata e realizzata da giuristi*, in Foro it., 2022, V, 284 ss.

(35) Sul tema della giustizia predittiva segnalò per l’efficace sintesi due ras-

segne apparse su Giurisprudenza Italiana: E. Gabrielli, U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto*, in Giur. It., 2019, fasc. 7 (luglio 2019), 1657 ss., e E. Gabrielli, M. Dell’Utri (a cura di), *La giustizia predittiva*, ivi, fasc. 7, (luglio 2022), 1759 ss.

(36) Da ultimo v. M. Ferrari, in Foro It., 2023, V, 117 ss., anche per riferimenti più ampi.

(37) J. H. Choi, K. E. Hickman, A. Monahan, D. B. Schwarcz, *ChatGPT Goes to Law School* (January 23, 2023). Minnesota Legal Studies Research Paper No. 23-03; SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4335905>; D.M. Katz, M.J. Bommarito, S. Gao, P. Arredondo, *GPT-4 Passes the Bar Exam* (2023) a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4389233>. C’è peraltro chi invita a maggiore cautela nell’esame di quei dati: così E. Martinez del M. I. T., *Re-Evaluating GPT-4’s Bar Exam Performance* (May 8, 2023). a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4441311>.

(38) Scholastic Assessment Test, prova di ingresso per l’ammissione ai college statunitensi.

(39) Sull’ *AI-Driven Infodemic Threat* v. l’interesse di un gruppo di studiosi dell’Università di Pisa: L. De Angelis, F. Baglivo, Francesco, G. Arzilli, G.P. Privitera, P. Ferragina, A.E. Tozzi, C. Rizzo, *ChatGPT and the Rise of Large Language Models: The New AI-Driven Infodemic Threat in Public Health* (February 9, 2023). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4352931>. In ambito “salute” v. il report OMS 28. 06. 2021 su etica e governance dell’IA nel settore, a <https://www.who.int/publications/i/item/9789240029200>.

(40) Un recente esempio in D. B. Schwarcz, J.H. Choi, *AI Tools for Lawyers: A Practical Guide* (in uscita 2023). 108 Minnesota Law Review Headnotes a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4404017>, utile per i riferimenti ed in particolare per i suggerimenti nella formulazione dei *prompt*, del metodo dell’interrogazione, per la ricerca fonti e la redazione di testi secondo corretti standard linguistici e giuridici al fine di migliorarne la leggibilità.

(41) M.C. Dorf, L.H. Tribe, *Court v. Chatbot*, NYRB 28. 12. 2022. I siti citati sono stati consultati il 23. 06. 2023.

## Recensioni

### La nuova frontiera dei diritti: l'identità come affermazione di sé.

Recensione a  
*Il diritto di essere se stessi*  
GUIDO ALPA

Milano, La nave di Teseo, 2021, pp. 333

**Sommario:** 1. *Dal ruolo sociale ai diritti della persona.* 2. *Una storia di discriminazioni.* 3. *Il codice civile e i “nuovi” diritti della Costituzione repubblicana.* 4. *Il cammino dell’eguaglianza nelle differenze.* - 5. *Alcune questioni aperte.*

#### 1. Dal ruolo sociale ai diritti della persona.

Per ricostruire il percorso intellettuale del libro conviene partire dalla fine, e cioè dall’ultima frase, dove l’Autore afferma che «l’identità non è né una fotografia né un punto di arrivo: l’identità è uno strumento che di volta in volta può assolvere ad una funzione liberatoria o persecutoria. E il livello di civiltà di una società è dato dalla misura con cui è in grado di assicurare a ciascuno il *diritto di essere se stessi*» (1). Si esprime così in forma icastica e sintetica quella che può essere considerata la chiave di lettura di una riflessione condotta in un orizzonte largo ma sempre attraverso le lenti del diritto, visto nella sua dimensione precettiva in modo da distinguerlo da altre scienze sociali orientate invece a cogliere la realtà dei fatti. Il primo tratto dell’indagine è una ricostruzione degli sviluppi del concetto di ‘persona’ nel corso del tempo. Più nello specifico, si osserva che nel diritto romano esso è correlato ad una determinata posizione sociale, «di padre di famiglia, di donna coniugata, di donna nubile, di figlio maggiorenne, di figlio minore, di schiavo, di liberto cioè schiavo liberato, di cittadino, di straniero, e così via» (2), con un’impostazione che si protrae per tutto Medioevo e arriva fino all’*Ancien Régime* ponendosi quale veicolo dei privilegi associati ai vari *status*. Ed anche quando, dopo la Rivoluzione francese, il quadro cambia in virtù del riconoscimento generalizzato dei c.d. “diritti dell’uomo”, il privilegio si ripropone sotto nuove forme, in primo luogo sulla scorta della centralità assunta dal diritto di proprietà che, pur essendo astrattamente garantito a chiunque, «differenzia gli individui al punto da divenire uno dei requisiti previsti per esercitare il diritto di voto» (3).

Il passaggio decisivo si ha solo con l’approvazione delle Carte costituzionali del Novecento, nelle quali la sfera individuale viene sottratta alla discrezionalità del legislatore e tutelata direttamente al livello superprimario della gerarchia delle fonti normative. Con la conseguenza che, «in questo contesto, “persona” non ha il significato usato dai Romani, acquista un significato più pregnante. Per questa ragione si dice usualmente che con le costituzioni del secondo Dopoguerra *l’individuo diventa persona*, non è più un concetto astratto, ma un uomo o una donna in carne ed ossa, con i suoi bisogni, le sue aspirazioni, con la sua dignità e i suoi diritti *invioiabili*» (4). In altre parole, mentre in precedenza l’idea in questione era uno strumento

per distinguere e valorizzare alcuni soggetti, ora diviene un fattore di eguaglianza, nella misura in cui «il ruolo del diritto è cambiato, non consistendo più nel consolidare le differenze per proteggere i privilegiati [...], ma piuttosto nel garantire i diritti inviolabili (umani o fondamentali) a tutti, e riconoscere la loro identità» (5).

In una simile prospettiva, «l’identità non è più costruita nel passato di ciascun uomo, ma guarda il presente e il futuro, e diventa una *scelta e un’opportunità*» 6, essendo oggetto, a sua volta, di un diritto alla piena realizzazione ed esplicazione del proprio modo di essere. Per cui il problema è quello di scardinare le discriminazioni, che «riguardano sia l’individuo singolo sia l’individuo quale appartenente ad una comunità; ma la discriminazione individuale può riguardare anche l’individuo all’interno della sua stessa comunità» (7), tenuto pure conto che i vari criteri discretivi tendono a combinarsi tra loro, sicché, ad esempio, «il sesso è sempre combinato con un altro criterio: con la “razza”, il colore della pelle, l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, e così via» (8).

Nella direzione indicata, il principale elemento dal quale passa il cambiamento è rappresentato dalla valorizzazione e dalla tutela delle situazioni giuridiche fondamentali. Si tratta di un fenomeno che ha conosciuto una lunga evoluzione, tenuto conto che «la parabola dei diritti attraversa l’Ottocento e si sviluppa insieme con il culto del diritto di proprietà, legittima il colonialismo, che ricorre, per un certo indirizzo, alle medesime argomentazioni dei giuristi e dei teologi spagnoli per legittimare la conquista delle Indie, si che la critica dei diritti umani finisce per confondersi con la critica al diritto di proprietà» (9). Del resto, gli stessi intellettuali illuministi non arrivano a prefigurare il completo superamento dell’assetto tradizionale. Infatti, si osserva che Montesquieu non manca di assegnare alla nobiltà di cui fa parte una funzione fondamentale nell’apparato di governo e che Voltaire ridimensiona l’impatto della proclamazione del principio di uguaglianza, mentre più moderno risulta l’approccio di Rousseau. E la stessa impostazione viene riscontrata - sia pure con sfumature differenti in Filangeri e Bentham.

Tale clima culturale influenza profondamente il versante normativo, che da esso mutua le proprie categorie concettuali. In particolare, «nelle due tradizioni, la francese e l’americana, si susseguono testi dichiarativi e testi organizzativi della società con valenza “costituzionale” e «la portata rivoluzionaria di questi testi è data innanzitutto dalla proclamazione dei diritti» (10). La prima a venire alla luce è la Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d’America del 1776, seguita dalla Costituzione del 1787, nella quale si ritrova un’articolata elencazione dei diritti fondamentali, con la possibilità di aggiungerne altri in virtù del IX emendamento. Di poco successiva è poi la Dichiarazione dei diritti che nel 1789 segna l’inizio della Rivoluzione francese, sostituita nel 1793 dalla Costituzione giacobina e poi nel 1795 da quella approvata dopo il periodo del Terrore. Diverso è invece il percorso dell’ordinamento austriaco, in cui i diritti vengono incorporati nel codice civile, e del *common law*, contraddistinto dalla mancanza di «un quadro organico

di disciplina della persona» (11).

Viceversa, nelle Costituzioni approvate in esito ai moti del '48 si registra un arretramento rispetto ai risultati raggiunti nel Settecento. Ad esempio, nello Statuto albertino «i diritti dell'uomo sono ignorati. Non vi è la proclamazione dei diritti dell'uomo ma solo la declinazione dei diritti e dei doveri del cittadino» (12), sebbene non manchino casi nei quali emerge un'impostazione più moderna, a cominciare dalla Costituzione francese del 1848 e da quella romana del 1849, dove si legge un esplicito rifiuto dei privilegi di nascita o di casta. Finché, in coerenza con la sequenza prospettata sopra, una decisa inversione di tendenza si registra con le Cartecostituzionali contemporanee, il cui paradigma, dal punto di vista in parola, sono la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani del 1950.

## 2. Una storia di discriminazioni.

Si è detto che Alpa individua nelle discriminazioni l'antitesi del diritto alla piena realizzazione di sé quale componente essenziale di una concezione moderna della persona ed in effetti, «se si guarda all'individuo sottostante alla configurazione astratta ci si avvede che l'uomo esiste, viene cioè in considerazione, soltanto se distinto da altri uomini; e che le distinzioni tra individui sono correlate a due fattori fondamentali: il fattore naturale e il fattore sociale. Il primo è basato sulla concezione della natura traslata nel mondo del diritto, il secondo dipende dalla nascita ed è costruito sull'uomo in considerazione della sua condizione naturale [...]. È dunque questo il percorso che porta a comprendere i diversi significati di "persona", il modo nel quale il diritto costruisce l'immagine e il ruolo della persona, il modo nel quale il diritto può discriminare o tutelare» (13). Circa le discriminazioni basate sulla natura, Alpa prende in esame innanzitutto quelle relative al sesso, segnalando la posizione di minorità nella quale le religioni del Libro pongono la componente femminile, pur osservando che «la contrapposizione uomo-donna è una costante nella storia dell'umanità, a qualsiasi latitudine e in qualsiasi momento storico» (14). Una contrapposizione il cui superamento comincia nell'ambito dell'Illuminismo, con alcune intellettuali del livello di Louise-Félicité de Kéralio e Olympe de Gouges in primo piano e prosegue nell'Ottocento, in Italia anche sotto la spinta, tra l'altro, di Cristina di Blegiojoso e Anna Maria Mozzoni. Tuttavia, nel Code Napoleon l'impostazione resta rigidamente maschilista, atteso che «il modello di famiglia laico, borghese [...] corrispondeva così ad una "forte struttura di comando" funzionale alla società capitalista ottocentesca» (15) e nella medesima linea si muove pure il codice italiano del 1865, tant'è che occorrerà attendere fino al 1919 perché la donna divenga *sui juris* per effetto dell'abolizione della potestà maritale. Il che le consentirà di accedere alla professione forense, mentre «per le altre professioni, il notariato e la magistratura, così come per la rappresentanza politica, occorrerà attendere altri decenni, non solo perché l'ingresso nel mondo del diritto era ancora circondato da ostilità, opposizioni, ritardi culturali e meschine limitazioni, ma anche perché esercitare le funzioni notarili o le funzioni magistratuali significava svolgere un ruolo di natura pubblicistica» (16).

Allo stesso modo, alla natura si ricollegano le discriminazioni fondate sulla "razza", nella misura in cui «è sempre qualcosa di aderente alla natura considerata nella sua consistenza fisica e nella sua apparenza ciò che i razzisti cre-

dono (o fingono) di ritrovare negli individui qualificati come diversi» (17). È un problema emerso nel dibattito sulla definizione della condizione giuridica degli Indios, considerato da Alpa emblematico del confronto tuttora in atto sul tema del rapporto con l'altro, ma che ha trovato probabilmente la sua espressione più tragicamente emblematica nella plurisecolare persecuzione degli Ebrei, brevemente ricostruita in alcuni dei suoi passaggi essenziali.

Più nello specifico, una volta superato l'esclusivo riferimento alla sfera fisica «nel processo di interiorizzazione dell'immagine della persona l'uomo è considerato dotato di sensibilità e di ragione, ma anche come rappresentante della sua specie [...]. E proprio l'unitarietà di spirito e corpo è alla base della teoria delle razze umane, descritta metaforicamente nella distinzione tra notte/giorno/alba/crepuscolo, in cui i popoli del giorno sono quelli caucasici, che esprimono il vertice dell'umanità, degradandosi poi la qualità umana via via con il colore sempre più scuro della pelle» (18), salvo trovare un ulteriore supporto nelle teorie evoluzionistiche, richiamate per giustificare la superiorità dei bianchi sugli altri popoli. Discorso, questo, declinato nel libro pure con riferimento alla storia della schiavitù negli Stati Uniti ed a quella del colonialismo italiano, di cui si propone una sintesi attenta soprattutto alle implicazioni giuridiche.

## 3. Il codice civile e i "nuovi" diritti della Costituzione repubblicana.

Proseguendo nel suo ragionamento sul "diritto di essere se stessi", Alpa si occupa poi del vincolo della terra, collocandolo all'origine di quello statuto personale, riconducibile alla nozione attuale di cittadinanza, per cui «la persona ovunque essa sia porta con sé le regole che la identificano come essere umano, e come titolare dei diritti della personalità, che il suo ordinamento le riconosce» (19). Ma il collegamento ad un determinato territorio, oltre che una valenza più strettamente giuridica, ha implicazioni anche sul piano della lingua, delle tradizioni, della storia, della cultura e si riconduce così nell'alveo più esteso della nazione, nel quale si aggiunge un ulteriore componente di taglio spirituale. Sempre in relazione alla sfera dei segni distintivi, ci si sofferma altresì sulla progressiva affermazione – dall'alto Medio Evo in avanti del nome quale elemento connotativo a partire dalla considerazione che «la cognomizzazione è stata frutto della riqualificazione dell'individuo: l'individuo non è più monade amorfa della folla anonima, ma ha una sua personalità espressa dal nome. Il nome è segno di libertà: non è un caso che la Costituzione italiana, come altri testi costituzionali, riconosca nel nome un connotato essenziale della persona, e tuteli il nome come un diritto fondamentale insieme con la capacità giuridica (art. 22)» (20).

Su questa direttrice di sviluppo, si arriva a prendere in esame la nozione ottocentesca di 'soggetto di diritto', chiarendo che l'uomo si qualifica «non per i suoi caratteri etico-psicologici né per i suoi rapporti sociali, "ma solo in virtù del riconoscimento formale da parte dell'ordinamento giuridico. Il soggetto di diritto è "punto di legittimazione soggettiva di conseguenze giuridiche e la personalità e la capacità di legittimazione non sono qualità del soggetto ma forma e presupposto di tutte le qualità giuridiche che alla persona possono essere conferite» (21). Siamo cioè di fronte ad una creazione artificiale, a favore della quale nel nostro Paese «alla fine del 1938 sono codificati quali diritti soggettivi assoluti della persona il diritto all'integrità fisica, il diritto al

nome e allo pseudonimo, e il diritto all'immagine, che riguarda l'immagine fisica, come riprodotta dalle nuove tecniche della fotografia e del cinema (artt. 5-10); dal diritto penale si derivano poi altri diritti, all'onore e alla reputazione» (22).

Si realizza così un primo grado di garanzia, che si completa ed arricchisce con l'approvazione della Costituzione repubblicana, ricca «di riferimenti alla persona in quanto tale (per la quale valgono gli artt. 2, 3 e 22 Cost.) e per le disposizioni che presuppongono il “valore della persona” e confermano l'esistenza di un principio generale diretto alla tutela della persona (artt. 9, 13-27, 29-31, 33, 34, 35-40 e 41-54 Cost.)» (23). In particolare, si sofferma l'attenzione sull'art. 2 Cost., dando conto dell'alternativa tra una concezione dello stesso quale espressione sintetica di tutte le successive previsioni relative alle singole situazioni giuridiche costituzionalmente sancite, ovvero quale formula aperta, suscettibile di dare ingresso nell'ordinamento ad ulteriori valori non esplicitamente richiamati. E si aderisce ad una posizione intermedia, ritenendo che «l'art. 2 sia un testo “aperto”, intessuto dei valori condivisi dalla coscienza sociale, destinato a rendere “fluida” il sistema, informato ad un diritto mite, alla pluralità dei diritti, distinti tra diritti-pretesa e diritti-opportunità» (24).

In particolare, si individua negli artt. 2 e 3 della Costituzione la matrice dei c.d. “nuovi” diritti, per cui «accanto alla capacità giuridica, all'identità fisica, alla cittadinanza si sono creati il diritto alla privacy [...]; il diritto alla tutela dalla raccolta informatica dei dati personali; il diritto all'identità personale [...]; il diritto all'identità sessuale; il diritto alla salute (elaborato nel collegamento di queste norme con l'art. 32 Cost.) [...]; il diritto all'ambiente salubre (elaborato nel collegamento di queste norme con gli artt. 9 e 32 Cost.)» (25). Con una progressione tuttora in corso, che di recente ha interessato anche la sfera della bioetica (si fa riferimento al diritto a preservare il proprio patrimonio genetico, al diritto alla procreazione, al diritto alla prevenzione dell'acanzimento terapeutico) e che rende sempre più frequente il ricorso al bilanciamento nell'ottica di garantire una ragionevole coesistenza tra i vari interessi in campo. Inoltre, si segnala l'argine contro le discriminazioni innalzato con l'affermazione del principio di eguaglianza, sia pur senza impedire le differenziazioni nella misura in cui lo si legge nel senso di trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse. Principio in ordine al quale, da un lato, si condivide la scelta di rafforzare l'efficacia della previsione costituzionale attraverso la legislazione ordinaria e, dall'altro lato, si evidenziano alcuni problemi sotto il profilo interpretativo.

Di tutto il complesso universo di situazioni giuridiche soggettive messo in moto da un simile impianto concettuale, Alpa indica nella dignità umana il comune denominatore, riconoscendovi «l'elemento essenziale della nuova concezione della persona, una sorta di “antropologia dell'*homo dignus*”, che connota il modo nel quale l'uomo deve essere considerato come portatore di valori, al riparo dunque dalle minacce alla vita, alla salute, alla libertà, e come fine, non come mezzo da parte degli altri uomini» (26). Di essa si sposa una concezione funzionale, intendendola nei termini di un valore realizzabile soprattutto tramite l'attività degli organi giurisdizionali, della quale si dà conto in maniera sintetica tracciando un quadro sia della giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, sia di quella della Corte di Strasburgo sulla Convenzione eu-

ropea dei diritti umani e della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla Carta di Nizza e sul Trattato di Lisbona.

#### 4. Il cammino dell'eguaglianza nelle differenze.

Su questo sfondo teorico, Alpa procede ad una serie di approfondimenti su alcuni degli argomenti più controversi, a cominciare dalla tutela della donna, di cui si ricostruisce l'evoluzione nei vari ambiti della vita sociale dal lavoro alla famiglia, e dal contrasto delle discriminazioni nella sfera sessuale, oggetto di un'ampia ricognizione estesa anche alla giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, in quanto «gli Stati Uniti sono il Paese nel quale sono stati riconosciuti i diritti dei diversi in via prioritaria» (27), per arrivare ad un'attenta analisi della disciplina delle unioni civili recentemente approvata in Italia.

Allo stesso modo, tuttora molto lontana dal trovare un assetto convincente è la problematica della razza, affrontata nel libro soprattutto nella prospettiva dell'*hate speech*, in ordine al quale si osserva che «nel mondo occidentale si possono distinguere sinteticamente due modelli estremi di reazione: quello per così dire europeo, che si basa sul bilanciamento dei diritti fondamentali e pertanto legittima limitazioni alla libertà di espressione, e l'altro, per così dire, statunitense, che invece non appone alcun limite alla libertà di espressione e proprio in nome di essa considera legittimo il linguaggio dell'odio» (28). E di ciò si trae conferma esaminando alcune decisioni della Corte di Cassazione italiana in cui il diritto di manifestare il proprio pensiero sancito dall'art. 21 Cost., ad esempio sotto specie di diritto di critica o di satira ovvero di diritto di informare, viene contemplato col sentimento religioso o col diritto all'onore, cosicché è evidente che «la libertà di espressione non può considerarsi – nel nostro ordinamento – al vertice di una piramide in cui tutto è consentito. In particolare, il limite della tutela dei valori della persona, che riassuntivamente potremmo definire in termini di *dignità*, impone la continenza» (29). Il che trova peraltro corrispondenza pure nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nonostante essa non abbia proceduto a definire l'*hate speech*, e della Corte di giustizia.

Un altro fronte sul quale si concentra l'attenzione è quello dei diritti della personalità “costituzionalizzati”, nel senso che, in molti casi, in prima battuta sono stati ricavati in via interpretativa a partire dalla Carta costituzionale, per quanto riguarda l'Italia principalmente dall'art. 2 Cost., salvo trovare successivamente riconoscimento anche nella normativa ordinaria ed eurounitaria. In tale scenario, il più risalente è il diritto alla *privacy*, che negli Stati Uniti nasce alla fine dell'Ottocento con l'elaborazione dottrinale di Warren e Brandeis ed approda in Europa nella seconda metà del Novecento, inizialmente attraverso la giurisprudenza e poi nella legislazione fino alla disciplina predisposta dall'Unione Europea. Più recente è, invece, il diritto all'identità personale, che «differisce dalla riservatezza perché questa tende a tutelare il segreto della vita privata, mentre il diritto all'identità personale si riferisce agli aspetti manifestati della personalità. E differisce dalla reputazione, perché questa esprime un giudizio, e può riguardare fatti e dati veritieri o verisimili o falsi, quella “la proiezione sociale della personalità”» (30), ricollegandosi al diritto all'oblio, in virtù del quale, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Google Spain* del 2014, «l'interessato ha diritto a ottenere la cancellazione dei dati che risultino lesivi, sempre che tuttavia ciò non sacrifichi l'interesse pub-

blico all'informazione» (31), sebbene per il momento non vi sia sul punto un orientamento univoco delle corti nazionali.

Nondimeno, le situazioni al centro del dibattito più acceso sono quelle relative all'identità biologica e all'identità sessuale, che chiamano in causa valori non di rado contrastanti, come accade, ad esempio, per la procreazione assistita e per l'aborto ovvero per la transessualità e le questioni di genere, tant'è che la stessa «gioca spesso un ruolo anfibolo, e l'espressione presenta un'ambiguità semantica che si presta a fornire l'alibi per soluzioni opposte dei problemi posti al giurista» (32). Ed anche in argomento nel libro si propone una succinta rassegna di casi giudiziari, in modo da cogliere i passaggi più emblematici di un percorso ancora lontano dal trovare compimento.

Dopodiché, sempre rimanendo sulla medesima traccia, si dedica un capitolo all'identità digitale, attribuendo ampio risalto all'opera di Stefano Rodotà in veste sia di studioso, sia di Garante della *privacy*, sia di legislatore. In proposito, si prefigurano tre «linee di sviluppo della normativa concernente i dati personali avviate dagli organi dell'Unione Europea in fasi progressive: i) una concerne la protezione dei dati come espressione ed immagine della persona, e quindi come specificazione del *diritto generale della personalità*, che si è venuto costruendo nel nostro modello alla fine dell'Ottocento sulla base di influenze della cultura francese e tedesca; ii) un'altra riguarda la costruzione del mercato dei dati, che sono componente essenziale del mercato digitale, la loro circolazione e quindi l'autorizzazione, o il consenso da parte dell'interessato, alla loro acquisizione, al trattamento e all'utilizzazione ed include anche la proprietà delle banche di dati realizzate dagli operatori economici; iii) un'altra ancora attiene ai contratti che hanno contenuto digitale, tra i quali possono essere rinvenuti dati di natura personale» (33). Salvo concentrare il discorso soprattutto sull'ultimo profilo, illustrando i diversi orientamenti riscontrabili nell'esperienza statunitense, comunque improntata ad una concezione favorevole alla commercializzazione dei dati personali da parte dei titolari e contrapponendola all'approccio europeo, nel quale trova più spaziosa preoccupazione di proteggere la sfera della persona, talché «si può pensare ad un complesso di iniziative tra loro coordinate, proprio sfruttando le proposte e le regole già vigenti provenienti dall'Unione: l'interpretazione estensiva dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali, la qualificazione estensiva del diritto alla *privacy*, la valorizzazione del consenso e del recesso, il rafforzamento dei controlli sul mercato digitale, senza pervenire alla qualificazione del rapporto dato-persona in termini di proprietà» (34). Infine, ci si sofferma sulla dimensione collettiva delle tematiche identitarie, sulla scorta della premessa che «l'identità intesa non come coscienza di sé ma come proiezione del sé all'esterno, e quindi come costruzione soggettiva, come si vuole apparire ed essere percepiti, si contrappone all'identità costruita dall'esterno, che viene sovrapposta all'individuo come una capsula, un'armatura, una prigione. L'esterno può essere costruito da un gruppo, a cui l'individuo partecipa volontariamente, oppure da una comunità, o, ampliando il raggio, da una nazione a cui l'individuo non aderisce volontariamente, ma è ascritto per i caratteri che condivide con gli altri» (35). Più nello specifico, anche qui si evidenziano una molteplicità di occasioni di discriminazione, basate sulla lingua, sulla religione, sulle opinioni politiche, sull'etnia e su altro ancora, alle quali si

contrappone il rimedio tipicamente giuridico della tutela delle minoranze, nel significato di «attuazione del principio di eguaglianza in senso sostanziale, oppure del principio di eguaglianza in senso formale» (36). E si completa il giro d'orizzonte con una digressione sul concetto di 'cittadinanza', e cioè sull'elemento determinate per definire l'appartenenza ad un determinato Stato, attualmente al centro di un acceso confronto in rapporto alla gestione di grandi fenomeni migratori che il nostro ed altri Paesi stanno affrontando in modo non sempre lineare. Infatti, siamo in presenza di un diritto dell'immigrazione «articolato su più livelli e sovente ispirato a logiche non perfettamente coerenti tra di loro, le quali alternano, a seconda delle fonti coinvolte e del contesto storico da cui promanano i provvedimenti in oggetto, i valori di solidarietà e rispetto dell'umana dignità al paradigma securitario del controllo e della marginalizzazione del "diverso"» (37).

### 5. Alcune questioni aperte.

In estrema sintesi, nella ricostruzione di Alpa l'identità cessa di corrispondere ad un ruolo eteroattribuito per divenire un risultato nella disponibilità del singolo, che si riconosce titolare di un diritto di essere se stesso. Diritto che, da un lato, implica il superamento di tutte le discriminazioni derivanti dai criteri identitari e, dall'altro lato, si realizza grazie all'affermazione di una serie di prerogative riconducibili al valore della dignità. Con l'effetto di una moltiplicazione di situazioni giuridiche soggettive duramente criticata da alcuni perché condurrebbe alla dissoluzione della dimensione comunitaria dando luogo ad un'atomizzazione della società in cui si perderebbe di vista il versante dei doveri (38).

Peraltro, anche senza condividere giudizi così radicali si deve prendere atto che le varie istanze tutelate molto spesso sono destinate a collidere tra di loro, come nel libro si evidenzia per quanto concerne il caso della libertà di manifestazione del pensiero che diventa veicolo dell'*hate speech*. Di conseguenza, il problema è assicurarne un'ordinata coesistenza ed in proposito la risposta ad oggi più ampiamente condivisa indica nel bilanciamento (39) lo strumento da utilizzare in via prioritaria rispetto a qualunque criterio alternativo, ad esempio quello diretto a rinvenire una qualche forma di gerarchia tra le differenti posizioni coinvolte (40). Sebbene ciò apra la strada ad ulteriori questioni, a cominciare dall'interrogativo sul tasso di discrezionalità insito in operazioni del genere.

In tal senso, va innanzitutto considerato che i fattori da bilanciare presentano, non di rado, un elevato tasso di indeterminatezza. Si tratta di una circostanza che non sfugge ad Alpa, il quale in più occasioni sottolinea il carattere vago di alcune previsioni e specialmente del concetto di 'dignità', suscettibile talvolta di essere invocato a supporto di obiettivi eventualmente pure contrapposti. Il che risulta particolarmente rilevante a fronte della funzione trainante attribuita alle giurisdizioni nazionali e sovranazionali in qualità sia di interlocutrici necessarie dei Parlamenti, sia di loro sostitute nella ricerca del punto di equilibrio tra le esigenze in campo. Infatti, una simile circostanza chiama in causa il principio democratico-rappresentativo accolto dalla nostra e da molte costituzioni occidentali contemporanee, richiedendo un ragionamento sul grado di legittimazione del potere giurisdizionale in ordine ai compiti di cui viene investito.

Questi sono alcuni dei nodi da sciogliere che restano sottesi al ragionamento fin qui ripercorso. Di essi l'autore di *Il*

*diritto di essere se stessi* è ovviamente consapevole e li supera in nome di una lettura del quadro normativo improntata alla fiducia nella forza propulsiva dei diritti. Il banco di prova di un simile approccio sarà costituito dalla sua capacità di produrre nel corso del tempo un esito a somma positiva in favore dell'insieme dei cittadini, in coerenza con la matrice rappresentativa del nostro sistema costituzionale.

**Luca Vespignani**

**Professore Associato Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia**

**Note.**

(1) *Il diritto di essere se stessi*, 298. Nelle note successive indicherò il volume oggetto di questa scritto con l'abbreviazione DES.

(2) DES, 12.

(3) DES, 14.

(4) DES, 15.

(5) *Ibidem*.

(6) *Ibidem*.

(7) DES, 25.

(8) *Ibidem*.

(9) DES, 53.

(10) DES, 63.

(11) DES, 69.

(12) DES, 72.

(13) DES, 43.

(14) DES, 83.

(15) DES, 89.

(16) DES, 93.

(17) DES, 107.

(18) DES, 116.

(19) DES, 127.

(20) DES, 140.

(21) DES, 151.

(22) DES, 153.

(23) DES, 157.

(24) DES, 158.

(25) DES, 158-159.

(26) DES, 165.

(27) DES, 188.

(28) DES, 204.

(29) DES, 210.

(30) DES, 228.

(31) DES, 231.

(32) DES, 239.

(33) DES, 259-260.

(34) DES, 266.

(35) DES, 273.

(36) DES, 275.

(37) DES, 290.

(38) «Si esaltano i 'diritti' presunti civili, ovvero egoici, connessi sempre più alla sfera sessuale, al fine di distogliere l'attenzione dai diritti sociali ed economici. Così l'imparzialità si concentra sulle pretese soggettive in una privatizzazione crescente di ogni dimensione pubblica della vita. La imparzialità non tocca i gangli del potere, ma la dimensione privatissima, la quale solo in apparenza viene politicizzata: quanto più si esaltano il 'genere', la 'umanità', tanto più si lascia passare l'idea che sia questa la 'vera' politica e che il 'vero' diritto sia quello che si afferma esclusivamente nella tutela della dimensione privata scissa dalla appartenenza dell'individuo alla comunità. L'altra faccia della 'giuridicizzazione' del privato è la privatizzazione del politico, ovvero l'asservimento dei singoli ai bisogni del capitale e del profitto universale» (A. Carrino, *La costituzione come decisione*, Milano-Udine, Mimesis, 2019, 93).

(39) Sul tema del bilanciamento la letteratura è assai vasta e ci si limita a rinviare, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992 e, più di recente ad A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014 e G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Bologna, il Mulino, 2010, 173 ss. Di R. Bin si veda anche *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo, supra in questa Rivista, 257 ss.*

(40) Il riferimento è alla posizione secondo la quale «il contrasto degli interessi implicati nei nuovi diritti (cosiddetti di libertà) rispetto ai valori insiti nei diritti di libertà in senso proprio, da un lato conferma la diversità tra le due categorie e la probabile irriducibilità dell'una all'altra, dall'altro lato pone il problema dell'individuazione di un criterio generale che, almeno in via orientativa, permetta di risolvere in un dato senso il contrasto suddetto. Mi chiedo se la ricerca di un simile principio debba o possa avvenire seguendo le implicazioni di recenti considerazioni di Bobbio. Bobbio prima di tutto sottolinea che "lo Stato liberale è il presupposto non solo storico ma anche giuridico dello Stato democratico."; in secondo luogo precisa che i tradizionali diritti di libertà, quale nucleo tipico ed essenziale appunto dello Stato liberale, sono in un certo senso superiori e precedenti agli stessi principi dello Stato democratico» (S. Fois, «Nuovi diritti di libertà», in IDEM, *La libertà di informazione*, a cura di A. Vignudelli, Rimini, Maggioli, 1991, 451).

Recensione a  
*Fideiussioni bancarie e mezzi di tutela.*  
 di AA.VV.  
 a cura di ALBERTO FOGGIA e EDOARDO FERRAGINA  
 Bradipolibris Editore, 2022, pp. 496, € 35

Ad introduzione del recente volume dedicato alla fideiussione, fattispecie contrattuale oggi ampiamente utilizzata nella prassi bancaria, Antonio Tanza, Presidente Adusbef (Associazione Difesa Utenti Servizi Bancari Finanziari), pone in rilievo gli aspetti svantaggiosi collegati alla “posizione del fideiussore, definito da taluna dottrina “responsabile senza debito”, per definizione contraente debole spesso totalmente ignaro delle sorti del rapporto principale da lui garantito”. Nonostante che ed è sempre Tanza a rimarcarlo in linea puramente teorica l’ordinamento giuridico italiano (sia a livello codicistico sia con la legislazione in materia antitrust e di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e con il Codice del Consumo sempre alla luce del generale principio di correttezza e buona fede) preveda una tutela “generalizzata” a favore del fideiussore, tuttavia, sul piano dell’attuazione pratica, la svantaggiata posizione del fideiussore nel sinallagma contrattuale riceve una tutela che si risolve spesso “in uno strumento del tutto astratto e dunque connotato da difficoltosa applicazione”.

Come, perché, attraverso quali forme si manifesti tale “debolezza” che investe, oggi, il consumatore-fideiussore è il contenuto e sostanza i numerosi contributi che danno corpo al testo. L’obiettivo dichiarato, peraltro, non è semplicemente quello di “criticare” la normativa vigente, bensì quello di esplorare, nel modo più completo e con solide argomentazioni giuridiche, quel vasto contenuto normativo attinente appunto alla fideiussione bancaria, ponendo in evidenza, in particolare, quali possano essere le vie di tutela che il consumatore-fideiussore può percorrere onde far sì che, seppure spesso solo parzialmente, vengano mitigati i non pochi vantaggi di cui è portatore il creditore nelle diverse iniziative di rivalsa nei confronti del contraente debole. Un contraente debole, il fideiussore, che assai spesso come denuncia Tanza è costretto ad affrontare “prove diaboliche” al fine di non incorrere in pronunce di rigetto motivate da carenza di supporto probatorio a fronte di eccezioni spesso considerate di non pronta e facile soluzione, considerato altresì che il fideiussore, a differenza del creditore garantito, è spesso sprovvisto della documentazione inerente il rapporto principale da lui stesso garantito.

Il volume è articolato in quattro corposi capitoli: il primo specificamente dedicato ad illustrare i tratti generali del contratto di fideiussione bancaria, nel contesto di un inquadramento giuridico che, tra l’altro, pone in evidenza la sostanziale differenza tra fideiussore, terzo datore di ipoteca e coobbligato, con interessanti riferimenti alla distinzione rispetto al contratto autonomo di garanzia. Al riguardo, l’intervento di Francesco Cocchi sull’eccezione di intrasmissibilità delle garanzie che assistono il credito nel caso di cessione di crediti in blocco qualora la garanzia assuma il tratto giuridico del contratto autonomo. Sebbene infatti non si pongano dubbi sulla trasmissibilità delle garanzie fideiussorie nella cessione del credito in blocco secondo i riti dell’art. 58 TUB, numerose perplessità, invece, emergono nel caso si tratti di garanzia autonoma. Ciò sul presupposto, rilevato dalla recente giurisprudenza di merito, che in tal caso l’obbligazione “è altra” rispetto a quella principale e la sua autonomia, portata dalla elisione del vincolo di accessorietà, richiede per il suo trasferimento l’esplicito consenso del garante. Una eccezione che pare utile coltivare nel giudizio poiché sempre più spesso la garanzia fideiussoria,

nella pratica, assume il connotato del contratto autonomo. Nel secondo capitolo, Maria Teresa De Bottis con il paragrafo sul recesso del fideiussore ha cercato di operare una sintesi delle maggiori questioni che pone tale modalità di liberazione dalla garanzia. Si è trattato innanzitutto della sua ammissibilità, data la mancata previsione espressa nel codice civile, distinguendo il caso della fideiussione con durata predeterminata da quella a tempo indeterminato, della sua forma, dei suoi effetti in particolare in relazione al recesso dalla garanzia del pagamento del saldo debitore dei conti correnti, affidati e non, e della questione sulla debenza degli interessi moratori ultralegali maturati dopo il recesso che determinerebbe il superamento del limite del massimale. Infine, è stato affrontato un caso particolare di recesso dalla fideiussione *omnibus* posta a garanzia di obbligazioni nascenti dal contratto c.d. di prestito d’uso d’oro avente durata predeterminata e soggetta a proroga.

Approfondisce ed inquadra la tematica della tutela del fideiussore nell’esecuzione forzata a suo danno il contributo proposto da Elena Mancuso, che, con riferimento alle tutele del fideiussore-consumatore, richiama il principio di effettività della tutela di cui ha fatto applicazione la Corte di Giustizia UE nella recentissima decisione 693/2022, principio che può essere adattato al diritto interno italiano, analizza su quali clausole della fideiussione il fideiussore-consumatore potrà invocare la nullità di protezione con i conseguenti riferimenti all’art. 33 del Codice del Consumo.

Nel capitolo del libro dedicato alla Procedura di sovraindebitamento per il fideiussore, curato da Angela Blando, si è tentato un approccio sistematico tra le previsioni di cui alla legge 3/2012 e le sue successive modifiche e quindi anche tra le nuove norme contenute nel CCII e la disciplina delle fideiussioni. Purtroppo non rinvenendo norme chiare e riferimenti univoci, l’approccio è stato necessariamente sistemico ed ermeneutico. Il tentativo è stato quello di richiamare l’attenzione su questioni molto delicate, che ove non si presti la dovuta attenzione, sarebbero idonee *ex se* a vanificare le misure di esdebitazione tanto più che il sovraindebitamento spesso coinvolge interi nuclei familiari proprio per il sistema di intreccio delle garanzie prestate. Nell’approfondimento condotto si è ritenuto che il garante possa far ricorso agli stessi rimedi di legge quale sovraindebitato “di rimbalzo”. Pertanto, si è ipotizzato l’accesso alla procedura del fideiussore sia individualmente che nell’ambito delle nuove “procedure familiari”. Anche nell’ipotesi in cui il soggetto ammesso sia stato il debitore principale, laddove questi abbia dato completa esecuzione alla misura ammessa, l’esdebitazione dovrà interessare sia il debitore principale che il suo fideiussore, poiché ex art. 1941 c.c. se l’obbligazione principale si estingue, anche l’obbligazione fideiussoria deve considerarsi totalmente adempiuta. In buona sostanza, si è sostenuto che le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento siano una via percorribile anche per il fideiussore, in un’ottica di tutela indiretta, tramite la legislazione vivente che esige comunque la tutela di diritti di rango costituzionale, per correggere almeno alcune delle distorsioni di un sistema che si dimostra sempre più poco attento ai diritti di chi si trova in grave difficoltà.

Il terzo capitolo affronta, grazie ai contributi di Alberto Foggia e Elisabetta Freni, la cruciale problematica relativa all’accesso alla documentazione del fideiussore, essenziale come abbiamo visto sopra per assolvere correttamente all’onere probatorio a suo carico.

Il quarto ed ultimo capitolo affronta e segue l’evoluzione della dibattuta questione dell’invalidità delle fideiussioni redatte sulla base di moduli *standard* di formazione bancaria secondo lo

schema ABI in violazione della normativa antitrust. Monica Cirillo, dopo aver rilevato come sin dall'introduzione della normativa italiana antitrust, dottrina e giurisprudenza si siano occupate del tema dell'incidenza del diritto antitrust sui contratti banca-cliente, pone l'accento sull'ampio dibattito insorto riguardo alla questione se la presenza di un'intesa bancaria illecita "a monte" possa incidere sulla validità del singolo contratto stipulato "a valle". Tra i vari indirizzi interpretativi, la Corte di Cassazione, con la recente pronuncia a Sezioni Unite n. 41994/2021, ha aderito a quello favorevole a riconoscere la nullità parziale delle fidejussioni bancarie riprodotte dello schema ABI, rilevando come "tra l'intesa" a monte" e la fideiussione bancaria "a valle" sussista un "collegamento funzionale", tale da far apparire la stipula di questi atti parti di un'operazione unitaria diretta a violare la normativa antitrust nazionale ed europea". Si conclude poi, e questo è il punto saliente dell'iter argomentativo delle Sezioni Unite, con il riconoscimento, non della sola tutela risarcitoria, ma della tutela reale, ossia a carattere demolitorio, l'unica soluzione effettiva in grado di eliminare gli effetti pregiudizievoli alla concorrenza.

Paola Formica esamina quindi la questione del risarcimento del danno al fideiussore per avere dovuto sottoscrivere un contratto derivante da un'intesa vietata, accertata e come tale sanzionata dall'Autorità antitrust, estendendo l'analisi al contesto europeo. Il contributo approfondisce il tema dell'onere probatorio del danno e del nesso causale posto a carico dell'istante che necessita di specifica deduzione ed allegazione onde evitare il rigetto della domanda risarcitoria a causa di generici e standardizzati riferimenti a limitazioni della propria libertà a contrarre. Con la direttiva "Danni" (2014/104/UE) il provvedimento dell'Autorità Garante diventa prova vincolata per il giudice italiano almeno quale prova *iuris tantum*

dell'avvenuta violazione del diritto della concorrenza, senza peraltro esonerare dalla prova del nesso di causalità e dell'entità del danno; a tal fine è la stessa Direttiva a prevedere alcuni strumenti per alleviare un onere della prova particolarmente gravoso. Il paragrafo si conclude affrontando il problema della prescrizione del diritto al risarcimento del danno soprattutto sotto il profilo dell'individuazione del *dies a quo*. Sottolineavamo all'inizio della presente nota il carattere significativamente "operativo" del testo: ne è testimonianza l'Appendice pratica che contiene documentazione di provenienza Banca d'Italia e ABI di immediata utilità per gli operatori avvocati e non che si occupano professionalmente di fidejussioni bancarie.

Concludendo. Il volume in oggetto risulta a nostro avviso meritevole di attenta lettura in quanto in grado di coniugare sinergicamente rigore scientifico nell'analisi ed opportunità/necessità "divulgativa" con riferimento all'intera, complessa, materia; dove ovviamente il concetto di opportunità/necessità "divulgativa" deve essere qui inteso nel senso attribuitogli in un suo recente lavoro dal noto psicoanalista Massimo Recalcati, che sottolinea con forza "la differenza profonda tra divulgare e banalizzare: divulgare significa dire l'essenziale facendo a meno del superfluo in modo che l'essenziale possa arrivare al maggior numero di persone; banalizzare significa invece dire il superfluo facendo a meno dell'essenziale ..." ("La tentazione del muro *Lezioni brevi per un lessico civile*", pag. 77).

Merito infine non marginale di tutti coloro che hanno attivamente collaborato alla stesura del testo, nonché dell'Editore, l'aver voluto devolvere i diritti d'autore all'O.d.v. "La Farfalla", impegnata da tempo sul fronte del potenziamento delle cure palliative.

Avv. Patrizia Monferrino

## Sezione di diritto del lavoro

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. lav., 11 aprile 2023, n. 443 - Giudice Bossi.

### **LAVORO - giurisdizione - giudice ordinario - giudice amministrativo - difetto.**

(Art. 63 d.lgs. 165/2021)

*Secondo quanto previsto dall'art 63 del d.lgs. 165/2001 le controversie aventi ad oggetto il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario. La giurisdizione del giudice amministrativo tuttavia è mantenuta per le controversie relative alle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti"*

*Nessun dubbio può aversi sulla natura concorsuale ove la procedura preveda una selezione con termine per la presentazione della domanda di partecipazione, una valutazione comparativa dei titoli, la successiva compilazione di una graduatoria finale avente validità di due anni.*

*Qualora la selezione sia accessibile anche a candidati non dipendenti dell'Ente la controversia appartiene alla giurisdizione del GA.*

(...Omissis...)

Con ricorso depositato in data 11/7/2022 il ricorrente ha convenuto in giudizio l'IRCCS Ospedale Policlinico San Martino per sentir accogliere le seguenti conclusioni: 1) accertare e dichiarare il diritto del Dott. Stefano Sartini al riconoscimento del Master universitario di secondo livello in Terapia Intensiva – Clinical competence nelle gravi disfunzioni d'organo conseguito presso l'Università di Firenze ai fini della graduatoria redatta dall'IRCCS Ospedale Policlinico San Martino per i servizi di elisoccorso con deliberazione n. 813 del 18/05/2022 2) conseguentemente accertare e dichiarare il diritto del Dott. Stefano Sartini al riconoscimento, da parte dell'IRCCS Ospedale Policlinico San Martino del punteggio complessivo di punti 13,550 ai fini della predetta graduatoria, o in quella meglio determinata nel corso del presente giudizio. 3) conseguentemente condannare l'IRCCS Ospedale Policlinico San Martino alla collocazione del Dott. Stefano Sartini nella predetta graduatoria in base al punteggio complessivo di punti 13,550, e quindi al ventunesimo posto della graduatoria medesima o in quella meglio determinata nel corso del presente giudizio. 4) Vinte le spese di lite, diritti ed onorari del presente giudizio, oltre rimborso spese generali ed accessori di legge". L'IRCCS Ospedale San Martino si è costituito ritualmente in giudizio eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario, appartenendo la controversia alla giurisdizione del T.A.R.; contestava comunque nel merito la fondatezza delle domande, chiedendone pertanto la reiezione. L'eccezione di difetto di giurisdizione è fondata e deve essere accolta. Dispone l'art. 63, c.1., del d.lgs. 165/2001: "sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concer-

nenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo". Ai sensi del successivo quarto comma: "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi". L'art. 63 deo citato D.lgs. 165/20021 ha dunque introdotto la regola generale della devoluzione delle controversie aventi ad oggetto il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti alla giurisdizione del giudice ordinario. La giurisdizione del Giudice amministrativo è stata tuttavia mantenuta per le controversie relative alle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti. L'oggetto del presente giudizio afferisce proprio ad una procedura concorsuale per l'assunzione dei dipendenti. Nessun dubbio può aversi sulla natura concorsuale della procedura indetta dal convenuto per la selezione del personale infermieristico e medico interessato a prestare attività nel servizio regionale di Elisoccorso. Per la selezione il convenuto ha, infatti, avviato una selezione, finalizzata alla formazione di una graduatoria finale in base ai criteri di valutazione dei titoli (cfr. docc. 1,3,5 ric. e 1,3,4,5, 5bis conv.). La selezione prevedeva dunque un termine per la presentazione delle domande di partecipazione, una valutazione comparativa dei titoli, la successiva compilazione di una graduatoria finale, avente validità di due anni. Tale procedura selettiva -è pacifico- non era riservata soltanto agli infermieri e dirigenti medici del San Martino, ma era aperta anche agli infermieri e medici convenzionati e ai dipendenti delle altre pubbliche amministrazioni appartenenti al Servizio Sanitario Nazionale (cfr. anche doc. 3 conv.). Ed allora, "in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti, la giurisdizione deve essere attribuita al giudice ordinario od a quello amministrativo a seconda che ricorra una delle diverse ipotesi di cui al seguente quadro complessivo: a) giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative a concorsi per soli candidati esterni; b) identica giurisdizione nelle controversie relative a concorsi misti, restando irrilevante che il posto da coprire sia compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di lavoro di interni ammessi alla procedura selettiva, poiché, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni; c) ancora giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area funzionale ad un'altra, spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura del concorso all'esterno; d) residuale giurisdizione del giu-

dice ordinario nelle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area funzionale (Cass. S.u. sent. 15 ottobre 2003 n. 15403; idem ord. 26 febbraio 2004 n. 3948; idem 26 novembre 2004 n. 22278; idem 23 marzo 2005 n. 6217) (Cass., Civ. Sez. Un., 13 luglio 2007 n. 15662).

È invero giurisprudenza consolidata delle Sezioni Unite quella secondo cui "alla luce dell'interpretazione del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, compiuta alla stregua dei principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 97 Cost., è attribuita alla giurisdizione amministrativa la controversia relativa ad una procedura concorsuale, bandita da un ente pubblico territoriale e riservata a dipendenti di altre amministrazioni del comparto degli enti locali, poiché siffatta procedura realizza una mobilità esterna, che si conclude con l'instaurazione di un diverso contratto di lavoro fra l'ente pubblico ed il vincitore del concorso, ed è dunque attuata con finalità del tutto differenti da quelle proprie della mobilità per passaggio diretto fra le amministrazioni pubbliche (Cass. S.U. 30 ottobre 2008 n. 26021 e, da ultimo, Cass. S.U. 24 maggio 2013 n. 12904). Parallelamente si è precisato "... che le procedure concorsuali per l'assunzione, riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo, sono quelle preordinate alla costituzione ex novo dei rapporti di lavoro, involgente l'esercizio del relativo potere pubblico, dovendo il termine "assunzione" intendersi estensivamente, comprese le procedure riguardanti soggetti già dipendenti

di pubbliche amministrazioni "ove dirette a realizzare la nozione del rapporto con inquadramento qualitativamente diverso dal precedente e dovendo, di converso, il termine "concorsuale" intendersi restrittivamente con riguardo alle sole procedure caratterizzate dall'emanazione di un bando, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito" (Cass. S.U. 29 maggio 2012 n. 8522). In particolare, inoltre, si è affermato che la riserva di giurisdizione in favore del giudice amministrativo opera con riferimento alla procedura concorsuale, nozione nella quale devono farsi rientrare tutte le sequenze procedurali, comunque denominate e caratterizzate da concorrenzialità fra i partecipanti alla selezione (Cass. S.U. 24 maggio 2013 n. 12904 cit.)" (Cass. Sez. Un. ord. 13 marzo 2015 n. 5077)

Poiché la selezione in esame era accessibile anche a candidati non dipendenti dell'Ente convenuto la presente controversia appartiene alla giurisdizione del Giudice Amministrativo. La mancanza di pronunce di legittimità relative al tipo di selezione per cui è causa giustifica la compensazione integrale delle spese di lite.

#### **P.Q.M.**

definitivamente pronunciando, dichiara il difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario, appartenendo la controversia alla giurisdizione del Giudice Amministrativo. Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

# Massimario

Tribunale di Genova, sez. lav., 5 aprile 2023, n. 301 - Giudice Parodi.

## **LAVORO - NASPI - presupposti - diniego - onere della prova.**

(Art. 11 d.lgs. 22/2015)

*Secondo l'art 11 comma 1 del d.lgs 22/2015 decade del diritto al percepimento della indennità NASPI il percettore che non comunichi entro 30 giorni il venir meno dello stato di disoccupazione a seguito dell'inizio di attività di lavoro subordinato o autonoma o situazione equivalente quale il raggiungimento della pensione.*

*Posto che le ipotesi di decadenza non sono suscettibili di interpretazione analogica, ne consegue che non è estendibile al caso in cui il richiedente sia già prima della presentazione della domanda titolare di partita IVA e quindi non via stato alcun "inizio di attività".*

*Nel caso di specie, infatti, l'INPS ben può compiere autonomamente gli accertamenti per verificare la redditività dell'attività in questione*

*(Nel caso di specie il richiedente, ricorrente avverso il diniego della Naspi, risultava socio di una società fallita la quale successivamente alla chiusura del fallimento è ritornata attiva alla Camera di Commercio. Il Giudice ha ritenuto che l'INPS avrebbe dovuto svolgere maggiori approfondimenti per verificare se la società era in attività e produttiva di redditi)*

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 8 giugno 2023, n. 303 - Giudice Parodi.

## **LAVORO - trasferimento lavoratore - NASPI - involontarietà dello stato di disoccupazione - requisiti - risoluzione consensuale - sussistenza.**

(Art. 421 c.p.c.)

*Il trasferimento del lavoratore oltre i 200 km dalla propria residenza abituale comporta variazioni peggiorative delle condizioni di lavoro e costituisce provvedimento unilaterale del datore di lavoro.*

*Sussiste pertanto una condizione di sostanziale improseguibilità del rapporto lavorativo che vede la dipendente nell'alternativa tra essere licenziata o perdere il posto di lavoro dimettendosi o accettando una risoluzione consensuale.*

*A prescindere pertanto dalla modalità formale di cessazione del rapporto sussiste comunque il requisito della involontarietà dello stato di disoccupazione e di conseguenza va riconosciuto il diritto al percepimento dell'indennità NASPI.*

*(Nel caso di specie il rapporto di lavoro era cessato per risoluzione consensuale a seguito della non accettazione della dipendente del trasferimento richiesto)*

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 11 aprile 2023, n. 311 - Giudice Grillo.

## **LAVORO - assegni nucleo familiare - requisiti - onere della prova.**

(L. n. 153/1988)

*Il processo in materia di previdenza e assistenza obbligatoria non ha natura impugnatoria ma è diretto ad accertare il diritto alla prestazione.*

*Compete quindi a chi afferma la spettanza del diritto allegare i fatti suscettibili di fondare la propria pretesa ed offrirne prova.*

*Tanto i cittadini UE quanto quelli extracomunitari, per poter fruire della prestazione, devono offrire riscontro della situazione reddituale propria e del nucleo familiare, rapportata alla consistenza effettiva del nucleo stesso.*

*(Nel caso di specie il ricorrente non ha neppure indicato in ricorso le condizioni reddituali che fonderebbero la propria domanda. Ai fini della prova della consistenza del nucleo familiare si è limitato a produrre dichiarazione sostitutiva di certificazione della residenza e dello stato di famiglia e non la certificazione del proprio stato civile, pur autorizzato alla produzione successiva)*

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 12 aprile 2023, n. 314 - Giudice Barenghi.

## **LAVORO - rapporto di lavoro subordinato - CCNL applicato - differenze retributive - rigetto.**

*Nell'ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune anche proprio di un settore non corrispondente a quello della effettiva attività, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale.*

*È quindi da rigettarsi la domanda del lavoratore avente ad oggetto la condanna del datore di lavoro al pagamento di differenze retributive sulla base di un CCNL che non può essere applicato alla prestazione di lavoro.*

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 20 aprile 2023, n. 364 - Giudice Grillo.

## **LAVORO - lavoro subordinato - retribuzione - mora credendi - onere lavoratore.**

*L'inadempimento datoriale per mora credendi sussiste qualora il lavoratore offra la propria prestazione lavorativa ed il rifiuto del datore di lavoro rende giuridicamente equiparabile la messa a disposizione alla utilizzazione effettiva, con diritto quindi del lavoratore a ricevere la retribuzione.*

*Il lavoratore deve dare prova di aver messo a disposizione le proprie energie lavorative tramite richiesta esplicita che pur non prevedendo forme sacramentali deve essere debitamente ricevuta.*

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 27 aprile 2023, n. 378 - Giudice Magnanensi.

**LAVORO - avviso di addebito Inps - notifica a mezzo pec - perfezionamento.**

(Art. 1174 c.c.; art 1375 c.c.)

*La notifica di un avviso di addebito proveniente da un indirizzo pec non inserito nei pubblici registri non è da considerarsi nulla o inesistente ove la stessa abbia comunque consentito al destinatario di svolgere le proprie difese senza alcuna incertezza in ordine alla provenienza ed all'oggetto.*

*È pertanto valida la notifica proveniente da un indirizzo pec dal quale è chiaramente evincibile il mittente pur se diverso da quello risultante dai pubblici registri degli indirizzi pec.*

*Una diversa conclusione sarebbe infatti contraria ai principi di buona fede correttezza e solidarietà di cui agli art 1174 e 1375 c.c.*

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 23 maggio 2023, n. 490 -  
Giudice Parodi.

**LAVORO - lavoro subordinato - giudizio di idoneità alla mansione - spese del giudizio - compensazione.**

*Nel giudizio promosso dal datore di lavoro avente ad oggetto l'accertamento della idoneità di un lavoratore allo svolgimento delle mansioni cui è addetto, la parziale compensazione delle spese di lite è giustificata dal fatto che è precluso al datore di lavoro di poter accedere alla documentazione sanitaria del dipendente se non nell'ambito giudiziale, non potendo di fatto quindi valutare autonomamente l'effettività delle limitazioni imposte dal proprio medico competente*

*(Nel caso di specie il Giudice, pur respingendo il ricorso promosso dall'azienda, ha parzialmente compensato le spese del giudizio sia perché la società era nell'impossibilità di accedere alla documentazione medica sia perché il giudice ha ritenuto ragionevole che l'azienda nutrisse dubbi sulla idoneità del lavoratore atteso che questi nel tempo libero svolgeva una attività sportiva agonistica come il rally da corsa)*

ST.TO.

# Documenti

## *Lo sciopero del personale della navigazione.*

**Andrea Firriolo**

*Avvocato, Foro di Genova*

**Sommario:** 1. *Lo sciopero del personale della navigazione marittima nella sua evoluzione storica.* - 2. *Lo sciopero “mondiale” dei marittimi del 1959.* - 3. *Le posizioni di dottrina e giurisprudenza a seguito della sentenza n. 124/1962 della Corte Costituzionale concernente la legittimità del c.d. sciopero mondiale.* - 4. *L'assetto attuale delineato dalla legge n. 146/1990 e dalla contrattazione collettiva.*

Con il presente articolo ci si propone di offrire una sintetica esposizione dello sciopero del personale della navigazione marittima all'interno del suo percorso storico-evolutivo.

L'obiettivo, in questo modo, è rivolto anzitutto a cogliere la difficile commistione tra diritti e doveri che si viene a realizzare durante l'esercizio del diritto di specie e, attraverso tale percorso, si giungerà così ad analizzare la regolamentazione attuale.

### **1. Lo sciopero del personale della navigazione marittima nella sua evoluzione storica.**

Quando si affronta la questione dello sciopero del personale della navigazione, occorre, anzitutto, tenere presente che ci si muove in un labile confine a metà tra, da un lato, la legittima manifestazione di una condotta lecita da parte dei lavoratori, dall'altro, la possibile integrazione di condotte ritenute criminose alla luce dei caratteri pubblicistici propri delle norme che regolano la disciplina cui è tenuto l'equipaggio. Tale assetto, invero, si registra in modo trasversale pressoché in ogni nazione, a conferma della rigida impostazione gerarchica cui è uniformato il rapporto di lavoro marittimo.

A riprova della tensione che si registra in riferimento alla questione è sufficiente pensare che, nei primi del Settecento, in caso di ammutinamento, i marinai scrivevano le loro rivendicazioni su un foglio in cui erano presenti due cerchi. In quello interno annotavano le proprie istanze, in quello esterno sottoscrivevano circolarmente le loro firme così che divenisse impossibile capire chi aveva firmato per primo. Spesso, questa prima rudimentale forma di sciopero – nata sulle navi della marina mercantile inglese e definita “*Round Robin*” – si traduceva in una lista scritta di richieste o doglianze a causa delle inidonee condizioni di vita a bordo, atteggiandosi come una pratica di autodifesa collettiva verso il potere esercitato dall'armatore (1).

Comunque, ricollegandoci ai *round Robin*, si può ragionevolmente affermare che – anche nei secoli successivi – fu sempre l'Inghilterra a rappresentare un contesto fecondo per l'avanzamento del diritto sindacale, con il contestuale riconoscimento del diritto di sciopero anche a favore del personale della navigazione marittima. Oltremarina, infatti, lo sciopero del personale marittimo trovò legittimazione in un periodo storico nel quale, per vero, tale diritto si atteggiava come una autentica chimera per i colleghi di altri Stati. Tale peculiarità del contesto inglese è comprensibile, essenzialmente, attra-

verso due considerazioni. In primo luogo, occorre rammentare, infatti, che la marina mercantile inglese (al pari di quella portoghese e spagnola) era portatrice di una tradizione secolare, essendosi connotata, nel tempo, di una identità tanto forte da far sì che molti usi e tradizioni – in aperta conformità col contesto di *common law* – fossero da sempre stati accettati dalla Corona, che, comunque, ha manifestato nei secoli un atteggiamento latamente meno repressivo nei confronti dei marittimi. Con riferimento alla seconda considerazione, inoltre, è d'uopo ricordare come la nascita del primo sindacato dei marittimi sia avvenuta, nel 1824, proprio nel nord-est dell'Inghilterra, con la *Seamen's Loyal Standard Association* a testimonianza della “fertilità” del contesto d'Oltremarina sul punto. La registrazione del sindacato, peraltro, assolveva esclusivamente ad una procedura di carattere formale, in quanto, già negli anni a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo, proliferavano nel territorio della Regina forme permanenti di organizzazioni sindacali, che trovavano pacifica accettazione dal punto di vista sostanziale.

Durante il periodo della Rivoluzione Industriale, infatti, si strutturarono forme di cooperazione tra lavoratori comuni e marittimi. Questi – attraverso forme di coordinamento (ad esempio nella formazione dei comitati di sciopero) – condividevano la cultura industriale antagonista, consentendo, per altra parte, di superare le problematiche entro le quali si trovava relegata la gente di mare. È infatti emblematico ricordare che, in Inghilterra, il verbo “*to strike*” – che letteralmente vuol dire “*abbattere – battere*” – è oggi utilizzato in ambiente anglofono con significato di “*scioperare*” e ciò poiché, durante le manifestazioni, i marittimi erano soliti “*battere*” la bandiera amezz'asta ed ammainare le vele in segno di protesta. Dunque – come si è potuto apprezzare – mentre in Inghilterra forme di associazionismo di carattere organizzativo- sindacale erano rinvenibili già sul finire del '700, culminando, poi, nel 1896, con la fondazione a Londra dell'ITF (*International Transport Federation*); in Italia, invece, occorrerà attendere il 1900 per la formazione della prima “*lega di resistenza marinara*”, che nacque a Genova su iniziativa di fuochisti, marinai, carbonai e camerieri (2). Anche a questo ritardo storico – cui è derivata una generale impreparazione nell'affrontare la tematica – è forse imputabile la complessità e la ambiguità entro le quali la tematica dello sciopero della gente di mare è stata, all'interno del nostro ordinamento, per lungo tempo costretta.

### **2. Lo sciopero “mondiale” dei marittimi del 1959.**

La tematica dello sciopero del personale della gente di mare ha rappresentato per lungo tempo, all'interno dell'ordinamento italiano, un particolare problema concettuale.

Lo sciopero del personale della navigazione marittima, infatti, pur trovando legittimazione nel dato costituzionale di cui all'articolo 40 – che consente l'esercizio del diritto all'interno dell'ambito delle leggi che lo regolano – collide con le norme che incriminano la diserzione, l'ammutinamento e, più in generale, con tutto l'apparato normativo che impone al marittimo l'osservanza degli ordini impartiti dal superiore (3). A tal proposito, seppur datate, non possono mancare d'essere menzionate posizioni che portavano a ritenere lo sciopero

dei marittimi come illegittimo *tout-court*, in quanto potenzialmente lesivo per l'economia nazionale ed idoneo a integrare plurime fattispecie di reato (4). La tematica, quindi, in ragione di questa sua costante tensione, suscitò vivo interesse in dottrina, invitando gli operatori del diritto a confrontarsi concretamente con la questione a seguito di una nota azione collettiva che si verificò sul finire degli anni '50.

Più precisamente, nel giugno del 1959 – attraverso messaggi in codice trasmessi a mezzo di telegrafo (e dunque ricevuti in prima istanza dal comando delle navi) – i marittimi delle navi italiane coordinarono un'azione di lotta estrema nei confronti degli armatori (5). Lo sciopero si protrasse per oltre 40 giorni causando notevoli disagi ai trasporti e all'economia interna. Lo sciopero fu definito “mondiale” poiché – pur partendo da Genova – si svolse prevalentemente fuori dai confini nazionali in porti stranieri molto lontani tra loro e, soprattutto, distanti dallo Stato italiano (6). Le ragioni di tale ingente azione collettiva erano da ricercare nella volontà dei marittimi di ottenere il rinnovo contrattuale di un accordo corporativo stipulato oltre trentaquattro anni prima, richiedendo, in specie, un miglioramento economico, turni più favorevoli ed un miglior vettoaggiamento.

Per conseguire gli obiettivi citati, la complicata scelta (per i modi di comunicazione dell'epoca) di effettuare lo sciopero ormeggiando le navi in porti stranieri, non fu affatto casuale. Tale *modus operandi*, infatti, ha una sua ben delineata *ratio*.

Lo sciopero della gente di mare, infatti – come si è avuto modo di anticipare – presentava labili ed incerti confini, a metà tra l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito e l'integrazione di condotte punite da norme penali, pertanto, fuori dal territorio nazionale l'azione poteva essere gestita in maniera sicura, poiché si impediva agli armatori di agire in autotutela facendo sbarcare d'autorità l'equipaggio, permettendo così alla nave di ripartire con personale reclutato tra i disoccupati (7). A seguito della vicenda, tuttavia, si registrò un notevole numero di contenziosi e fu di particolare interesse il dibattito che si aprì sulla questione anche in sede dottrinale: si poteva considerare lo “sciopero mondiale” legittimo?

Dunque – prima di addentrarci nel valutare la posizione assunta dalla giurisprudenza rispetto a tale evento – giova ricordare, ancora una volta, che l'esercizio del diritto di sciopero nel settore della navigazione marittima, è astrattamente idoneo ad integrare una pluralità di reati (8). Pertanto è opportuno preliminarmente domandarci se, nell'esercitare un diritto costituzionalmente garantito, sia possibile integrare gli elementi soggettivi ed oggettivi che costituiscono il reato contemplato da alcune norme del codice della navigazione o, viceversa, possano trovare applicazione cause di esclusione della punibilità (come avviene ad esempio ex art. 51 c.p. allorché si esercita un diritto) (9). A tal proposito è sufficiente considerare le norme del codice della navigazione che puniscono, ad esempio, l'insubordinazione, ma nulla dicono in merito all'esercizio del diritto di sciopero, celando, quindi, una evidente zona d'ombra e mostrando, ancora una volta, l'incompletezza (e l'insufficienza) della regolamentazione del codice della navigazione in materia di diritto del lavoro. Venendo a questo punto a considerare le posizioni assunte da parte di dottrina e giurisprudenza a seguito dello “sciopero mondiale”, occorre anzitutto premettere che la teoria maggioritaria del tempo era, invero, orientata nel senso che lo sciopero del personale marittimo fosse legittimo solo se effettuato a terra. Si riteneva diffusamente infatti che, se l'azione collettiva fosse stata effettuata a bordo della nave (indistintamente questa fosse in navigazione o in porto), si sarebbe compromessa ir-

rimediabilmente l'organizzazione pubblicistica di bordo che, invece, deve rimanere integra in ogni momento. Inoltre, lo sciopero – secondo tale visione rigorista – si connota ontologicamente in una disobbedienza agli ordini del comandante e, quindi, integrerebbe in ogni circostanza (ed attraverso ogni modalità di estrinsecazione) il reato di ammutinamento (10). Chi esprimeva queste considerazioni qualificava le disposizioni del codice della navigazione come non intaccate dall'articolo 40 Cost., poiché riteneva il personale della navigazione come portatore di interessi terzi, non coniugabili con l'esercizio del diritto di sciopero a bordo.

Sulla base di queste posizioni – a seguito dell'imponente sciopero del '59 – venne sollevata da più Tribunali la questione di legittimità costituzionale dell'art 1105 cod. nav. per contrasto con l'art. 40 della Costituzione attraverso diverse ricostruzioni (11).

La Corte Costituzionale, allora, si pronunciò in merito a tale problematica a mezzo della sentenza interpretativa di rigetto n. 124 del 28 dicembre 1962, definita, da parte della dottrina, come “transattiva” (12). La Corte, infatti – dopo avere riconosciuto il diritto di scioperare in via generale anche a favore dei marittimi – ha contestualmente precisato le modalità di esercizio in modo restrittivo, limitando, quindi, l'effettiva portata del diritto stesso. Secondo la posizione della giurisprudenza costituzionale, infatti, lo sciopero dei marittimi è legittimo e trova fondamento proprio nell'art. 40 della Costituzione, tuttavia, non può essere effettuato dopo l'inizio della navigazione e per tutto il suo perdurare, fino al termine della stessa. La Corte ha giustificato la propria posizione facendo ricorso all'elemento della sicurezza di cui, inderogabilmente, abbisogna il viaggio. La garanzia di un viaggio sicuro quindi va privilegiata, giacché sarebbero innumerevoli – secondo la lettura data dalla Corte – le situazioni di pericolo che, in astratto, in ogni momento della navigazione potrebbero venire a verificarsi e, ciò, con ancora maggiore facilità ogniqualvolta si manifesti un'astensione dal lavoro in sede di navigazione. L'articolo 1105 cod. nav., inoltre, non è ritenuto incostituzionale, poiché ha per oggetto una fattispecie specifica che, ben può presentarsi – in diverse modalità ed in un plurale nucleo di ipotesi – anche all'infuori del mero caso di sciopero. Il bilanciamento operato dalla Consulta, invero, pare molto restrittivo e si avvicina alla corrente di dottrina che, pur valutando come astrattamente lecito il diritto a scioperare, concretamente, lo traduceva in pratiche prive di ogni rilevanza. Da ultimo – sulla base delle conclusioni cui è pervenuta la Corte Costituzionale – si può infine affermare che lo sciopero si sarebbe potuto realizzare validamente solo a terra in due precisi momenti: prima dell'imbarco e dopo lo sbarco. Tuttavia, se i marittimi scioperassero prima dello sbarco, finirebbero – anche in questo caso – a confliggere con una norma del codice della navigazione. L'articolo 1091 cod. nav., infatti, contempla il reato di diserzione nell'ipotesi in cui i membri dell'equipaggio non si rechino a bordo e, dalla loro inadempienza, derivi un ritardo ed una difficoltà nel servizio della navigazione. In secondo luogo poi, se fosse attuato al termine del viaggio, la situazione sarebbe del tutto paradossale, in quanto, a fine viaggio il rapporto di lavoro si estingue e le modalità sarebbero di fatto tali da non sortire alcun effetto concreto nella sfera del datore di lavoro.

### 3. Le posizioni di dottrina e giurisprudenza a seguito della sentenza n. 124/1962 della Corte Costituzionale concernente la legittimità del c.d. sciopero mondiale.

La posizione di compromesso espressa dalla Consulta presta

il fianco quantomeno ad alcune osservazioni. Da un lato, infatti, si afferma che il diritto costituzionale di cui all'articolo 40 della Costituzione sorge "anche" a favore del marittimo, al contempo, però, attraverso una presunzione – che si atteggia come *juris et de jure* – si qualifica il pericolo introdotto da siffatta attività come "*sempre immanente durante la navigazione*". Pertanto, sulla base di questa ultima riflessione, il rifiuto del marittimo ad obbedire agli ordini del comandante appare sempre come illegittimo, poiché la disobbedienza non risulta tollerabile nemmeno nel caso in cui questa sia sorretta e riconducibile a ragioni di sciopero. È evidente, quindi, la preminenza accordata alle esigenze di sicurezza della navigazione, tale da comprimere la possibilità di astensione al lavoro da parte dei marittimi, anche se a ranghi ridotti. La pronuncia, inoltre, non cessa di stupire se si analizzano le considerazioni che vengono avanzate per quel che concerne lo sciopero esercitato durante la sosta in un porto. Anche rispetto a tale circostanza, infatti, la Corte ritiene sia preminente la "*necessità di assicurare la nave in sicurezza*", qualificando, così, la manifestazione del diritto come ammissibile solo una volta che la nave è stata consegnata agli ormeggi e, esclusivamente, in un porto nazionale, giacché "*la presenza in loco della autorità di terraferma non rende necessario l'intervento del comandante*". Al contrario, infatti, nessuna deroga alla disciplina di bordo può essere tollerata ove la nave stazioni in un porto straniero, ritenendo quindi in modo perentorio esclusa la possibilità di scioperare all'estero, poiché si applica "*l'ordinamento dello Stato della bandiera per tutti gli eventi i quali si esauriscono nella cerchia della nave*".

Sulla scorta del portato di tale pronuncia, invero, fu ingente il contesto di ambiguità, smarrimento ed incertezza che si venne a manifestare nella giurisprudenza di merito immediatamente successiva. Comunque saggiamente, a seguito del rinvio, i giudici di merito – nonostante l'interpretazione restrittiva fornita dalla Consulta – escludono la responsabilità penale degli scioperanti per l'insussistenza dell'elemento soggettivo necessario per integrare il reato di ammutinamento. Le pronunce dei giudici di merito furono, inoltre, assai confortanti poiché attuarono una situazione mediana tra il buon senso e la fattispecie astratta, realizzando una evidente situazione di compromesso (13).

Necessita poi d'essere menzionata anche una giurisprudenza di merito che ha avanzato conclusioni nuove ed ulteriori rispetto a quelle citate. Alcuni Giudici, infatti – pur accettando le premesse teoriche esposte dalla Corte Costituzionale – si sono spinti in una direzione più "progressista", valutando come il pericolo per la navigazione non si possa considerare immanente. Secondo tale orientamento, quindi, non era corretto valutare in *re ipsa* nell'esercizio del diritto di sciopero il concretarsi di un pericolo per la navigazione, viceversa, pareva più opportuno parametrare se vi fosse una minaccia volta per volta con riguardo alla situazione venutasi a creare in concreto, rifuggendo, così, da valutazioni presuntive ed astratte.

Come si è a questo punto desunto, a seguito della pronuncia della Consulta (e proprio a causa dell'ambiguità di questa) le questioni relative allo sciopero dei marittimi non erano ancora state definite in termini soddisfacenti, né da parte della giurisprudenza costituzionale, né da parte del Legislatore e, in ragione di ciò, le rivendicazioni da parte delle organizzazioni sindacali si facevano quanto mai aspre (14).

Comunque, anche a seguito di questo *casus belli* e, nonostante il clima rivendicativo da parte delle associazioni sindacali, nei due decenni successivi non si ebbe più modo di toccare

in nessun ambito l'argomento, sia per mancanza di casistica, che per incertezza di soluzioni.

#### 4. L'assetto attuale delineato dalla legge n. 146/1990 e dalla contrattazione collettiva.

La legge del 12 giugno 1990 n. 146 disciplina, come noto, lo sciopero nei servizi pubblici essenziali avendo cura di realizzare la migliore relazione di carattere trilaterale tra: datori di lavoro, lavoratori ed utenti (15). L'intervento normativo in parola costituisce, fra l'altro, la prima regolamentazione del diritto di sciopero dopo la promulgazione della Costituzione che, come noto, con l'art. 40 consente – in termini generali – l'esercizio diritto di sciopero. La legge ha quindi contribuito a fornire prima la descrizione di "servizi essenziali" e successivamente, a mezzo di una elencazione, vengono specificati i servizi essenziali e sotto questo profilo la normativa non contempla i trasporti marittimi in generale ma solo quelli che effettuano un collegamento con le isole.

Occorre tuttavia precisare che l'elencazione ivi contenuta non riveste carattere di tassatività, in quanto è possibile includervi nuovi servizi a tutela di diritti di rilevanza costituzionale nel momento in cui questi siano considerati tali dalla comune coscienza finendo in questo senso con l'includere, nel tempo, anche il servizio di rimorchio portuale in quanto ritenuto "*strettamente strumentale ai servizi pubblici essenziali di cui all'art. 1*".

Superati dunque i dubbi sulla applicabilità in via generale della normativa alla categoria dei marittimi con particolare riferimento, almeno secondo il dato testuale, a coloro impiegati nel solo collegamento con le isole, è bene spendere alcune parole rispetto ad una certa corrente di pensiero secondo cui la disciplina prevista nella legge in analisi avrebbe "assorbito" (ed abrogato tacitamente) l'articolo 1105 cod. nav., realizzando in questo modo una sostituzione sanzionatoria con le previsioni "più morbide" contenute nella legge stessa.

Con riferimento a questa "audace" posizione occorre anzitutto dire che non si rinvengono né da parte di autorevole dottrina, né da parte della giurisprudenza posizioni e, viceversa, nemmeno critiche in termini demolitori. Tuttavia, pare sufficiente ricordare che l'articolo de qua figura oggi immutato nel codice della navigazione, in quanto la previsione della norma contempla una fattispecie che ben potrebbe verificarsi al di fuori dell'esercizio del diritto di sciopero, come già ricordato opportunamente dalla Corte Costituzionale.

Inoltre, si può oggi considerare come appaia ormai consolidato quell'orientamento casistico mutuato dalla giurisprudenza successiva alla sentenza 124/1962 (così come supportato ed integrato opportunamente dalla legge 146/1990) che qualifica come legittimo lo sciopero anche se effettuato a bordo, purché non vengano disattese le esigenze di sicurezza proprie della navigazione.

È emblematica in tal senso una sentenza del Tribunale di Ravenna del 2001 avente per oggetto lo sciopero indetto dal personale navigante di una petroliera (16).

La fattispecie aveva per oggetto una giornata di sciopero, da iniziare nel momento in cui la nave sarebbe stata ormeggiata in banchina. Tuttavia, in forza di una norma di sicurezza secondo cui le navi che imbarcano materiale pericoloso possono attraccare per il tempo strettamente necessario alle operazioni di carico-scarico, i marittimi – una volta entrati in porto – si rifiutavano di scaricare per ragioni di sciopero e, conseguentemente, secondo la norma de qua – ed in forza dell'ordine della Capitaneria di porto – abbandonavano l'ormeggio ravennate andando a sostare al largo. Ovviamente – seppur a

ranghi ridotti – per ragioni di sicurezza e organizzazione i marittimi furono costretti a proseguire nei loro compiti durante gli oltre 10 giorni in cui rimasero “in rada”, assicurando alla imbarcazione ogni cautela che lo speciale carico imponeva loro. I giudici ritennero lo sciopero legittimo fondando la propria decisione in forza dell’orientamento della Corte di Cassazione che ritiene lo sciopero come “un’astensione collettiva, disposta da una pluralità di lavoratori per il raggiungimento di un fine comune, da qualificare come legittimo quale sia la sua forma ed indipendentemente dall’entità del danno arrecato, imponendo un accertamento casistico a carico del giudice” (17).

Pertanto lo sciopero in oggetto venne giudicato come legittimo (anche se apertamente in contrasto rispetto ai criteri guida che erano stati fissati dalla Corte Costituzionale nel 1962). Per concludere, tornando a considerare la legge n. 146 del 1990, questa, nel prosieguo prescrive la necessità che – pur in costanza di astensione lavorativa – siano comunque garantiti all’utenza i servizi essenziali, così come disposto nel punto 2 e 3 dell’art. 2 il quale prescrive che: “le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi, nel rispetto del diritto di sciopero e delle finalità indicate dal comma 2 e dell’articolo 1, ed in relazione alla natura del servizio ed alle esigenze della sicurezza, nonché alla salvaguardia dell’integrità degli impianti concordano – nei contratti collettivi o negli accordi di cui al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, nonché nei regolamenti di servizio, da emanare in base agli accordi con le rappresentanze del personale di cui all’articolo 47 del medesimo decreto legislativo n. 29 del 1993 – le prestazioni indispensabili che sono tenute ad assicurare, nell’ambito dei servizi di cui all’articolo 1, le modalità e le procedure di erogazione e le altre misure dirette a consentire gli adempimenti di cui al comma 1 del presente articolo”.

Tali misure possono disporre l’astensione dallo sciopero di quote strettamente necessarie di lavoratori, indicando, in tal caso, le modalità per l’individuazione dei prestatori di servizio interessati, ovvero possono disporre forme di erogazione della prestazione in forma periodica devono altresì indicare intervalli minimi da osservare tra l’effettuazione di uno sciopero e la proclamazione del successivo, quando ciò sia necessario ad evitare che – per effetto di scioperi proclamati in successione da soggetti sindacali diversi e che incidono sullo stesso servizio finale o sullo stesso bacino di utenza – sia oggettivamente compromessa la continuità dei servizi pubblici di cui all’articolo 1 (18).

Dunque, sulla base della L. 146/1990 (così come modificata dalla L. n. 83/2000 (19), la contrattazione collettiva ha avuto cura negli ultimi anni di definire le procedure per affrontare le problematiche inerenti la materia dello sciopero, attraverso la fissazione anticipata di procedure e garanzie al fine di definire modalità e sedi negoziali per il regolamento del conflitto (20). In questo senso, viene ribadita la validità del protocollo contenente il codice di autoregolamentazione – corredato dal codice per le aziende, dalle norme pattizie e dalle clausole impegnative assunte dal Governo – a mezzo del c.d. protocollo signorile stipulato dall’allora Ministro dei Trasporti, nel contestuale rispetto, ovviamente, delle norme previste a mezzo della succitata legge 146/1990.

Con le pattuizioni di cui si è fatto cenno, le organizzazioni sindacali più rappresentative si impegnano ad individuare forme di lotta capaci ad incidere con efficacia sul negoziato e sulle controparti tentando quindi di ridurre al massimo le ripercussioni sull’utenza. Pertanto sono previste norme generali per i servizi pubblici di trasporto incluso, in particolare, il servizio di collegamenti con le isole.

Il Gruppo Tirrenia – da sempre leader nell’attività di cabotaggio nazionale – è stato tra i primi in Italia a dotarsi di un corpus normativo pattizio coerente con quanto previsto dalla legge n. 83/2000. Con il protocollo delle relazioni industriali del 1 agosto 2000 – sottoscritto tra Fedarlinea e le OO.SS. FILT-CGIL, FIT-CISL e Uiltrasporti e valutato idoneo dalla Commissione di Garanzia – ha infatti disciplinato in maniera organica le azioni sindacali collegate alle politiche di riforma, rivendicative e contrattuali.

In termini generali, dunque, si può affermare che la contrattazione collettiva esclude possa essere indetto uno sciopero nei periodi di più intenso traffico interno e internazionale, definendo appositamente i periodi considerati tali (21).

Quanto agli episodi più recenti di sciopero del personale della navigazione marittima merita necessariamente un cenno il c.d. *Viking Case* (22) affrontato dalla, in quanto le rivendicazioni dei lavoratori in questo caso si spostano dal contesto nazionale coinvolgendo gli interessi armatoriali sul cambio di bandiera (c.d. *reflagging*) in riferimento al servizio di cabotaggio nazionale disposto con finalità elusive rispetto all’applicazione di tariffe orarie e condizioni di lavoro più economiche di quelle previste dalla legislazione e contrattazione collettiva interna (23).

Ma questa ultima tematica appena menzionata necessita di un’apposita analisi, poiché oltre alle considerazioni in punto di pratica “del cambio di bandiera” ed ai risvolti in campo di diritto del lavoro marittimo sarebbe opportuno affrontare la materia del cabotaggio intra-comunitario che, per ragioni di ordine pratico, non può trovare spazio in questa trattazione.

#### Note.

(1) I primi Round Robin sono risalenti alla prima metà del XVII secolo nell’ambito delle traversate transoceaniche, tuttavia, si consideri che non sono isolate pratiche omologhe verificatesi a bordo di navi battenti c.d. bandiera ombra (o “di comodo”) di rotta nell’oceano Indiano durante la prima decade del 2000.

(2) Bruschi, *La sfida dei marittimi ai padroni del vapore, Lo sciopero di 40 giorni del 1959*, Genova, 2006, Fratelli Frilli Editore, 13.

(3) Cfr. Venditti, *L’esercizio del diritto di sciopero e i reati previsti dal codice della navigazione*, in Studi per Antolisei, Milano, 1965, 430-431; Menghini L., *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, in *Trattati di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, Giuffrè editore, Milano, 1996, 538.

(4) In particolare, prima del c.d. “sciopero mondiale” del 1959, la posizione di buona parte della dottrina era tendenzialmente orientata nel non ritenere ammissibile lo sciopero del personale della navigazione marittima o – come si avrà modo di considerare nel prosieguo – nel ritenerlo lecito solo se esercitato secondo il rispetto di particolari modalità che, di fatto, lo rendevano come improduttivo di ogni effetto. Per tutti Dominedo, *Limiti di liceità dello sciopero nel rapporto di arruolamento*, in AA.VV., *Lo sciopero dei marittimi*, Milano, 1963, 9 ss.

(5) Rif. Varva, *Lo sciopero della gente di mare*, in *Rivista di Diritto dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente*, Giureta, vol. X, 2012, 281 e ss.

(6) Port of Spain, Calcutta, Karachi, Melbourne, Cristobal, Suez, Vancouver sono solo alcuni tra i porti, in cui, le oltre centodiciotto navi battenti bandiera italiana mantennero approdo stabile durante quei giorni. 371 Pera, *Sciopero dei marittimi e nei servizi pubblici secondo la Corte Costituzionale*, in *Dir. Lav.*, 1963, II, 228.

(7) Pera, *Sciopero dei marittimi e nei servizi pubblici secondo la Corte Costituzionale*, in *Dir. Lav.*, II 1963 228 e ss.

(8) Fattispecie incriminante che stride col diritto di sciopero in maniera evidente è, ad esempio, l’art. 1105 cod. nav., contemplante il reato di ammutinamento per i componenti dell’equipaggio della nave che – in numero non inferiore ad un terzo – disobbediscano ad un ordine del comandante,

ovvero, diano luogo a manifestazione tumultuosa. Tale condotta è punita con la reclusione da 6 a 36 mesi. Il reato, inoltre, è sanzionato ancora più aspramente laddove sia commesso in condizioni in cui non è possibile ricorrere alla forza pubblica, o al fine di interrompere la navigazione, variare la direzione, ovvero compromettere la sicurezza della nave. Appare palese, quindi, il contrasto tra l'esercizio di siffatta garanzia costituzionale e le norme penali incriminatrici che, volta per volta, possono essere integrate attraverso una simile condotta

(9) Cfr. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, in *Trattati di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, Giuffrè editore, Milano, 1996, 538

(10) Dominedò, *Limiti di liceità dello sciopero nel rapporto di arruolamento*, in AA.VV., *Lo sciopero dei marittimi*, 1315.

(11) *Ex multis*: Tribunale di Trieste 16 febbraio 1961, in *Mass. Giur. Lav.* 1961. Tribunale di Genova 3 settembre 1961, in *Giur. Cost.* 1962. Riportate anche da Carlo Cardillo in *Il rapporto di lavoro nautico, il lavoro del personale della navigazione marittima ed interna*, CEDAM, 1998, Padova.

(12) Pera, *Sciopero dei marittimi e nei servizi pubblici secondo la Corte Costituzionale*, in *Dir Lav.*, 1963, II, 228. La nozione di sciopero adottata dalla Corte attraverso la sentenza è altresì definita come "assai angusta" da parte di S. Varva, *Lo sciopero della gente di mare*, in *Il lavoro nei trasporti* a cura di Marco Cottone, 2014, Giuffrè, p. 64.

(13) In questo senso le pronunce Tribunale di Trieste 10 ottobre 1963, in *Riv dir nav.* 1965, II, 347 e Tribunale di Venezia 21 dicembre 1963, in *Riv dir nav.* 1965, II. Come richiamate da C. Cardillo in *Il rapporto di lavoro nautico, il lavoro del personale della navigazione marittima ed interna*, CEDAM, 1998, Padova.

(14) A tal proposito è interessante riportare l'estratto di un'intervista a Giuseppe Lagorio segretario federazione lavoratori di mare qualche anno successiva al c.d. sciopero mondiale: "finché gli armatori italiani non accetteranno il costume che lo sciopero è un diritto e che, quindi, va rispettato e non frustrato facendo sbarcare d'autorità l'equipaggio e facendo ripartire la nave con marittimi reclutati tra i disoccupati, lasciando a terra coloro che manifestano senza più garantire loro la possibilità di essere nuovamente assunti, FILM e CISL programmeranno altri scioperi, verosimilmente in porti stranieri, per avere garanzia che ultimato lo sciopero il marittimo possa riprendere il suo lavoro". Estratto riportato anche da G. Pera, in *Le norme transitorie per garantire minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori nel giudizio della Corte Costituzionale*, in *Gli Scritti di Giuseppe Pera*, vol II, Milano 2007, p. 1132 e da S. Varva, in *Lo sciopero della gente di mare*, in *Giureta, Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol.X, 2012, 282. E in *Lo sciopero della gente di mare*, in *Il lavoro nei trasporti* a cura di Marco Cottone, 2014, Giuffrè, p. 60.

(15) La legge 12 giugno 1990 n. 146 considera essenziali i servizi inerenti a: sanità, igiene pubblica, protezione civile, raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani e di quelli speciali, tossici e nocivi; dogane (limitatamente al controllo su animali e su merci deperibili), approvvigionamento di energia, prodotti energetici, risorse naturali e beni di prima necessità, nonché gestione e manutenzione dei relativi impianti (limitatamente a quanto attiene alla sicurezza degli stessi); amministrazione della giustizia; servizi di protezione ambientale e di vigilanza sui beni culturali; trasporti pubblici urbani ed extraurbani autoferrottranviari, ferroviari, aerei, aeroportuali e marittimi (limitatamente al collegamento con le isole); istruzione pubblica e istruzione universitaria con particolare riferimento agli esami conclusivi dei cicli di istruzione; poste, telecomunicazioni e informazione radiotelevisiva pubblica. Inoltre, con la riforma della L. 83/2000 i principi contenuti nella L. 146/1990 sono stati poi estesi anche alle forme di sciopero.

(16) Tribunale di Ravenna sez. lav. 18 gennaio 2001, in *Arg. Dir. Lav.* 2001, 1113 ss. riportata e commentata da Varva S., in *Lo sciopero della gente di mare*, in *Giureta, Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol.X, 2012, p. 282. E *Lo sciopero della gente di mare*, in *Il lavoro nei trasporti* a cura di Marco Cottone, 2014, Giuffrè, 68.

(17) I riferimenti sono stati Cass. 30 gennaio 1980, n. 7111, in, in *Giust. civ.* 1980, I, pag. 1088 e in *Giur. it.*, 1980, I, 1, pag. 1022; e in *Orient. giur. lav.*, 1980, pag. 2; e in *Mass. giur. lav.*, 1980, pag. 176.

(18) Nei predetti contratti o accordi collettivi devono essere poi, in ogni caso, previste procedure di raffreddamento e di conciliazione, obbligatorie per entrambe le parti, da esperire prima della proclamazione dello sciopero ai sensi del comma 1. Se non intendono adottare le procedure previste da accordi o contratti collettivi, le parti possono richiedere che il tentativo preventivo di conciliazione si svolga: se lo sciopero ha rilievo locale, presso la Prefettura, o presso il comune nel caso di scioperi nei servizi pubblici di competenza dello stesso e salvo il caso in cui l'amministrazione comunale sia parte; se lo sciopero ha rilievo nazionale, presso la competente struttura del Ministero del lavoro e della previdenza sociale. Qualora le prestazioni indispensabili e le altre misure di cui al presente articolo non siano previste dai contratti o accordi collettivi o dai codici di autoregolamentazione, o se previste non siano valutate idonee, la Commissione di garanzia adotta, nelle forme di cui all'articolo 13, comma 1, lettera a), la provvisoria regolamentazione compatibile con le finalità del comma 3. Le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi di trasporto sono infine tenute a comunicare agli utenti, contestualmente alla pubblicazione degli orari dei servizi ordinari, l'elenco dei servizi che saranno garantiti comunque in caso di sciopero e i relativi orari, come risultano definiti dagli accordi previsti al presente comma. I soggetti che promuovono lo sciopero con riferimento ai servizi pubblici essenziali di cui all'articolo 1 o che vi aderiscono, i lavoratori che esercitano il diritto di sciopero, le imprese erogatrici dei servizi sono comunque tenuti all'effettuazione delle prestazioni indispensabili, nonché al rispetto delle modalità e delle procedure di erogazione e delle altre misure di cui al comma 2. La violazione di tali obblighi viene valutata dalla Commissione di garanzia ai fini di cui all'articolo 4, comma 4-sexies con la possibilità di irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. Vi è una previsione esonerativa degli oneri per l'esercizio del diritto di sciopero ed è testualmente così indicata nella stessa legge: infatti le disposizioni previste dalla legge in tema di preavviso minimo e di indicazione della durata non si applicano nei casi di astensione dal lavoro in difesa dell'ordine costituzionale, o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori.

(19) La Legge n. 83 dell'11 aprile del 2000 ha implementato la valorizzazione del metodo della concertazione e mediazione al fine di prevenire i conflitti, rafforzando ulteriormente il valore dell'attività di contrattazione collettiva.

(20) Il riferimento è per quanto concerne il lavoro marittimo al protocollo di intesa fra Confindarma FILT- CGIL, FIT-CISL, Uiltrasporti. Allegato 20 del CCNL nazionale del 2015.

(21) La titolarità a dichiarare, sospendere o revocare gli scioperi è riservata infine alle strutture sindacali

nazionali di categoria per quelli nazionali, a quelle regionali di categoria per quelli regionali e, infine, alle strutture territoriali di categoria per quelli locali. Ogni sciopero deve essere comunicato alle aziende con un preavviso di almeno 10 giorni e, in ogni caso, vanno poi evitati scioperi concomitanti di più settori interessati al trasporto di massa ed assicurati i servizi indispensabili alla sicurezza dell'esercizio nonché i collegamenti essenziali con le isole.

(22) sentenze Viking CGUE (Grande sezione), 11 dicembre 2007, C-438/05 e CGUE (Grande sezione), 18 settembre 2007, C-341/05.

(23) La società finlandese Viking Line intendeva applicare tariffe orarie e condizioni di lavoro più economiche rispetto a quelle previste nella legislazione finlandese cambiando la bandiera con quella estone per il servizio di cabotaggio sul Mar Baltico. Il sindacato a cui l'equipaggio della nave Rosella apparteneva (FSU) giudicava negativamente l'operazione a causa del rischio concreto di peggioramento delle condizioni lavorative. Per tale ragione i lavoratori avevano organizzato un'azione di boicottaggio nei confronti della Viking, che si estendeva anche al di fuori dei confini finlandesi, grazie all'endorsement dell'International Transport Workers' Federation (ITF).

Cfr. Longo E., *Viking, Laval e la costruzione dell'economia sociale di mercato in Europa* e M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, a. XXII, n. 2, 2008, 389-391. Vedi anche Carabelli, *Il contrasto*, cit., 232-237.

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Sentenze, Ordinanze e decreti

T.A.R. Liguria, sez. II, 22 marzo 2022, n. 236 - Pres. Morbelli - Est. Goso. - Regione Liguria (Avv.ti Castagnoli e Masuelli) c. Ministero della transizione ecologica e Istituto Superiore per la Protezione e Ricerca Ambientale - ISPRA (Avvocatura dello Stato), e nei cfr. di Associazione internazionale Amici del Monte di Portofino e Associazione Verdi Ambiente e Società - V.A.S. (Avv. Granara), e Città Metropolitana di Genova, Comune di Avegno, Comune di Camogli, Comune di Chiavari, Comune di Cicagna, Comune di Coreglia Ligure, Comune di Rapallo, Comune di Recco, Comune di Santa Margherita Ligure, Comune di Tribogna, Comune di Zoagli (non costituiti in giudizio).

**Parco nazionale di Portofino - perimetrazione ministeriale provvisoria - impugnativa - competenza territoriale - prevalenza del criterio fondato sugli effetti diretti dell'atto impugnato su quello della sede dell'autorità emanante - competenza del TAR Liguria - sussistenza.**

(Art. 1, c. 1116, l. n. 27 dicembre 2017, n. 205; art. 13, c. 1, c.p.a.; Cons. Stato, Ad. plen., 13 luglio 2021 ord. n. 13)

**Parco nazionale di Portofino - perimetrazione ministeriale provvisoria - giudicato formatosi nati il TAR per il Lazio - estraneità dell'impugnativa - violazione del giudicato - insussistenza.**

(Art. 1, c. 1116, l. n. 27 dicembre 2017, n. 205; d.m. trans. ecol. 6 agosto 2021, n. 332; Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2021, n. 7694)

**Parco nazionale di Portofino - perimetrazione ministeriale provvisoria - impugnativa - mancata evocazione in giudizio dei componenti del Comitato di gestione provvisoria del Parco - carenza di interesse dei predetti soggetti - difetto del contraddittorio - insussistenza.**

(Art. 24 Cost.; art. 100 c.p.a.; art. 1, c. 1116, l. n. 27 dicembre 2017, n. 205; d.m. trans. ecol. 6 agosto 2021, n. 332; d.m. trans. ecol. 27 ottobre 2021, n. 434; Cons. Stato, Ad. plen., 11 gennaio 2007 n. 2)

**Parco nazionale di Portofino - perimetrazione ministeriale provvisoria - assegnazione alla Regione Liguria di un termine insufficiente per la formulazione del parere - mancata menzione da parte del provvedimento di perimetrazione del parere regionale pur reso nel termine assegnato - difetto di motivazione - sussistenza.**

(Art. 1, c. 1116, l. n. 27 dicembre 2017, n. 205; art. 35, c. 7, l. n. 394/1991, d.m. trans. ecol. 6 agosto 2021, n. 332)

*In base alla prevalenza del criterio fondato sugli effetti diretti dell'atto impugnato rispetto a quello della sede dell'autorità emanante, va affermata la competenza del T.A.R. periferico (Liguria) a vagliare la legittimità di un atto che produce effetti diretti circoscritti nel territorio regionale. (1)*

*Non può ravvisarsi alcuna violazione del giudicato di accertamento dell'illegittimità del silenzio ministeriale in punto di perimetrazione del Parco di Portofino da parte del TAR per il Lazio in quanto*

*l'impugnativa non intende impedire la perimetrazione provvisoria del Parco nazionale, ma contesta la legittimità della decisione assunta al riguardo. (2)*

*È infondata l'eccezione di difetto di contraddittorio per mancata evocazione in giudizio dei componenti del Comitato di gestione provvisoria del Parco, essendo tali soggetti privi di qualsiasi interesse. (3)*

*È illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento ministeriale di perimetrazione provvisoria del Parco di Portofino (ed in via derivata quello di costituzione del Comitato di gestione provvisoria) in quanto adottato senza tenere conto del parere espresso dalla Regione Liguria su richiesta e nei termini assegnati dal competente Ministero. (4)*

Nelle more della stampa del fascicolo, è stata pubblicata la decisione del Consiglio di Stato del 2 febbraio 2022, n. 2447, con cui la sentenza qui massimata è stata annullata per non corretta instaurazione del contraddittorio nel relativo giudizio (mancata notifica del ricorso ai membri del comitato di gestione provvisorio) con rimessione della causa al giudice di primo grado. Non avendo il Supremo Consesso amministrativo avuto modo di esaminare le censure di merito proposte sia dal ricorso principale, sia da quello incidentale, si ritiene comunque utile pubblicare a commento della sentenza massimata il contributo del Dott. Francesco Giuseppe Campodonico.

P.C.

(1-4) Il giudice quale garante dell'effettività del principio di leale cooperazione tra Stato e Regioni. Sulla possibile (e forse necessaria) riforma, in tale ottica, della Legge quadro sulle aree protette.

**Sommario:** 1. *La vicenda amministrativa e giurisdizionale della perimetrazione provvisoria del Parco nazionale di Portofino.* - 2. *La disciplina legislativa in materia di "Parchi nazionali ed aree protette".* - 3. *Il disposto della sentenza del T.A.R. Liguria n. 236/2022.* - 4. *Al di là dei confini tracciati dalla sentenza del T.A.R. Liguria. L'attuale assetto del rapporto Stato-Enti territoriali (anche alla luce della giurisprudenza della Consulta).* - (segue) *Il problema della legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 3, l. 394/1991.*

1. La vicenda amministrativa e giurisdizionale della perimetrazione provvisoria del Parco nazionale di Portofino.

La sentenza n. 236/2022 emessa dal Tar Liguria, sez. II, riguarda la vicenda relativa alla nascita del "Parco Nazionale di Portofino", istituito dall'art. 1, comma 1116 della l. 205/2017, che ha provveduto alla modifica dell'elenco di cui all'art. 34, comma 2, l. 394/1991, Legge quadro sulle aree protette.

Nel termine di centottanta giorni dall'entrata in vigore di tale previsione, il Ministero dell'Ambiente e della Transizione ecologica avrebbe dovuto provvedere alla delimitazione provvisoria del Parco ed all'approvazione delle misure di salvaguardia dei luoghi. Sicché, nell'inerzia ministeriale, alcune associazioni finalizzate alla salvaguardia ed alla protezione dell'ambiente (in particolare "Amici del Monte di Portofino" e "Verdi Am-

biente e Società”), con nota del 18 gennaio 2021, diffidavano il Ministero a concludere il procedimento istitutivo, adottando altresì le relative misure di salvaguardia.

La perdurante condotta omissiva del Ministero è stata quindi impugnata davanti al Tar per il Lazio, che, con sentenza n. 7694 del 28 giugno 2021, ha accolto parzialmente il ricorso, in particolare ordinando all’autorità amministrativa di provvedere alla delimitazione provvisoria ed alla predisposizione delle misure di salvaguardia necessarie nel termine di trenta giorni dalla comunicazione ovvero dalla notifica della sentenza. Con d.m. n. 332 del 6 agosto 2021, è stata, pertanto, approvata la delimitazione provvisoria del nascente Parco Nazionale di Portofino, da ritenersi efficace fino all’approvazione della perimetrazione definitiva.

Il provvedimento ministeriale non ha tuttavia accolto la proposta della Regione Liguria, intesa a far coincidere la ridetta delimitazione con i confini del preesistente Parco regionale, scegliendosi, invece, di attenersi al diverso parere espresso dall’Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA (1)). Il territorio provvisorio del Parco Nazionale è stato, di conseguenza, esteso oltre i confini del Parco regionale, ricomprendendo anche le aree contigue facenti parte integrante del territorio dei Comuni limitrofi, le c.d. “aree cornice” e due “zone speciali di conservazione, per un’estensione complessiva di 5363 ettari.

Di qui, l’impugnativa del d.m. n. 32 da parte di Regione Liguria, che ha dato luogo al procedimento conclusosi con la sentenza del Tar Liguria menzionata in apertura.

## 2. La disciplina legislativa in materia di “Parchi nazionali ed aree protette”.

Per comprendere appieno il portato della sentenza in parola, può soccorrere una preliminare e sia pur sommaria analisi della disciplina di “Parchi nazionali ed aree protette”, a partire dalla constatazione che, nel tempo, la disciplina giuridica delle aree protette ha acquisito un’autonomia rilevanza all’interno della materia “protezione della natura”, distinta, si badi, dalla tutela dell’ambiente (2).

Fin dai primi anni ‘70, infatti, la normativa in tema di Parchi e riserve naturali era stata ricondotta ad un complesso di materie (quali, ad esempio, urbanistica, tutela del paesaggio, agricoltura, caccia, turismo ecc.), venendo ricompresa nel più generale “contenitore” dell’ambiente solo successivamente per approdare, con la riforma del titolo V della Costituzione, ad una sua autonoma rilevanza anche sul piano costituzionale (3). Laddove, in precedenza, il rilievo costituzionale della materia era ritenuto comunque implicato dagli artt. 2, 9 e 32 Cost. (4), in particolare, affermandosi come prevalente un’interpretazione estensiva dell’art. 9 Cost., secondo la quale con il termine “paesaggio” si deve intendere la più ampia tutela della forma di territorio creata e conformata dalla comunità umana che vi è insediata, come continuo rapporto tra umanità e natura (5).

Sul piano della legislazione ordinaria, all’iniziale periodo in cui i principi derivabili dalla Costituzione in materia ambientale non erano stati oggetto di alcuna attuazione, sono seguite una fase d’impronta centralista (6), caratterizzata dall’attribuzione di competenze legislative ed amministrative esclusivamente allo Stato, ed una fase in cui, invece, la materia è stata fatta rientrare nell’orbita di specifiche attribuzioni amministrative regionali, fino alla sua accennata configurazione come oggetto di competenza legislativa concorrente.

Un ruolo di estrema importanza è stato svolto, poi, da parte della Corte costituzionale, che ha indicato le principali linee programmatiche nel solco delle quali sono state introdotte

dapprima la legge quadro n. 394/1991, e poi la stessa legge costituzionale 3/2001. In particolare, nelle sentenze nn. 1029 e 1031 del 1988 (7), venivano tratteggiati, da un lato, il nucleo minimo di competenze spettanti allo Stato, e, dall’altro, lo spazio incompressibile delle competenze regionali.

Costituiscono, quindi, principi essenziali l’unitarietà di struttura e la leale cooperazione tra Stato e Regioni, in una materia che, come quella ambientale, non può in alcun modo essere scomposta in categorie univoche e dai confini netti, consistendo piuttosto in una serie di interessi e finalità che si intersecano e si sovrappongono tra di loro, determinando così un analogo intersecarsi e sovrapporsi di prerogative statali e regionali, in quanto la sfera di competenza dell’una inevitabilmente va ad interessare anche l’ambito di pertinenza dell’altra, e viceversa (8), come è stato delineato specialmente dalle sentenze della Consulta nn. 422/2002 (9) e 108/2005 (10).

Da tutto ciò emerge l’inclusione della materia ambientale tra le c.d. materie “trasversali”. (11)

## 3. Il disposto della sentenza del T.A.R. Liguria n. 236/2022.

Tornando ora alla decisione del Tar Liguria oggetto della nostra attenzione, notiamo come quanto statuito sul merito sia stato preceduto da una serie di eccezioni, la prima delle quali ha riguardato addirittura la competenza del Tribunale (12). Tale eccezione è stata condivisibilmente rigettata in base al principio della prevalenza degli effetti dell’atto impugnato rispetto a quello della sede dell’autorità amministrativa emanante (13).

Anche l’eccezione costituita dalla violazione del giudicato del Tar per il Lazio da parte dell’impugnativa è stata disattesa da parte del Tribunale ligure, sul presupposto che non fosse intenzione dei ricorrenti avversare od interferire con la pronuncia del Tar per il Lazio, ma unicamente contestare la *quomodo*, ossia la modalità prescelta dal Ministero per dare esecuzione alla medesima pronuncia.

Passando al merito della questione, occorre osservare come inevitabilmente un provvedimento istitutivo di un Parco Nazionale vada ad interessare altre materie e settori (quali, ad esempio, l’urbanistica, la viabilità, lo sviluppo economico territoriale ecc.) rispetto ai quali la Regione vanta una specifica competenza normativa (14), o, comunque sia, in relazione ai quali gli enti territoriali decentrati risultano essere maggiormente vicini per ciò che riguarda l’adozione di misure attuative.

In conformità con i principi costituzionali in materia, il legislatore ordinario ha conseguentemente previsto, con la l. n. 394/1991, forme di coinvolgimento dei predetti enti nella procedura istitutiva del Parco Nazionale (15), al fine di dare rappresentanza e tutela a tutti gli interessi che, in essa, vengono coinvolti.

Ad avviso dei ricorrenti, tale quadro avrebbe, però, subito un duplice *vulnus* da parte del provvedimento ministeriale di perimetrazione del Parco, sia in quanto una partecipazione effettiva da parte delle Regioni e dei Comuni è stata resa, nella fattispecie concreta, pressoché impossibile, essendo stato il termine per la formulazione di osservazioni frustrato in quanto ridotto dai quarantacinque giorni normativamente previsti a soli sette (16); sia perché sarebbe mancato il rispetto dell’obbligo di motivazione ex art. 34, comma 3, l. 394/1991 (17), non avendo il Ministero effettivamente preso in carico il parere regionale, non motivando il rigetto della controproposta avanzata da Regione Liguria.

La sentenza resa in tal modo dal Tar Liguria è stata impugnata dal Ministero, nonché dalle predette associazioni a tutela dell’ambiente ed il relativo giudizio è attualmente pendente presso il Consiglio di Stato.

#### 4. Al di là dei confini tracciati dalla sentenza del T.A.R. Liguria. L'attuale assetto del rapporto Stato-Enti territoriali (anche alla luce della giurisprudenza della Consulta).

La decisione in esame rivela, però, valenze che vanno al di là della fattispecie concreta, come rivelato, ad es., dal passaggio in cui si afferma che la statuizione del Tar *“non equivale a dire che la perimetrazione provvisoria del parco nazionale, con le relative misure di salvaguardia, presupponga necessariamente una previa intesa con la Regione, ma solo che l'attività valutativa non può pretermettere i punti di vista espressi dai soggetti coinvolti nel procedimento e che, nel caso di dissenso, le opzioni prescelte devono essere corroborate da una congrua ed adeguata motivazione.”*

Muovendo da tale spunto, si tenterà ora di approfondire alcuni degli ulteriori profili giuridici problematici sottesi al caso, anche al fine di verificare l'opportunità di una riforma della disciplina legislativa vigente.

La Costituzione, se, da un lato, individua nel principio di unità ed indivisibilità della Repubblica un principio supremo del nostro ordinamento (18) (come tale, non modificabile nemmeno con la procedura di revisione costituzionale ex art. 138 Cost.), dall'altro, ed *in primis* al suo art. 5, riconosce esplicitamente il ruolo degli Enti territoriali, ponendo le basi per il c.d. decentramento normativo ed amministrativo (19). Rispetto al decentramento, si collocano sulla stessa lunghezza d'onda altri principi costituzionali, quali, innanzi tutto, il principio del pluralismo affermato agli artt. 5 e 114 Cost.; e, ancora, il principio dell'autonomia differenziata, codificato all'art. 116, comma 3 Cost. (20); mentre un ruolo fondamentale va ascrivito alla riforma del Titolo V, con cui si è introdotto un nuovo riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni e si è provveduto a costituzionalizzare i principi di sussidiarietà e di prossimità (21).

Indivisibilità e decentramento sono, dunque, due principi che coesistono all'interno del nostro assetto costituzionale e che conseguentemente richiedono di essere adeguatamente bilanciati nell'ambito di un quadro, che, così come costruito dal legislatore costituzionale, può essere definito di *“pluralismo differenziato”* (22), dal momento che i vari Enti territoriali vengono riconosciuti come vere e proprie componenti dello Stato titolari di precise e specifiche competenze legislative ed amministrative e non come semplici articolazioni prive di soggettività.

Lo Stato rimane pur sempre titolare di una posizione preminente, che si traduce nei poteri e nelle competenze strumentali e necessarie al perseguimento del c.d. *“interesse nazionale”*, ovvero di tutti quegli interessi che, per la loro rilevanza e diffusività, necessitano di un'azione (legislativa ed amministrativa) omogenea su scala nazionale. Anche di tale ultimo assunto è possibile identificare plurime concretizzazioni all'interno del dettato costituzionale: la previsione di una serie di materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato; la predisposizione, ex art. 120 Cost (23), di poteri sostitutivi esercitabili dallo Stato in caso di necessità o di inerzia delle Regioni nei casi ivi espressamente previsti (24); infine, nella previsione, a livello amministrativo, di un duplice filtro per l'applicazione dei principi di sussidiarietà e di prossimità, consistenti, rispettivamente, nella considerazione delle caratteristiche associative, territoriali e strutturali dell'Ente e nella sua idoneità organizzativa (25).

Per comprendere l'esatta dimensione del rapporto Stato-Regioni (e, più in generale, Enti territoriali) è necessaria, dunque, la definizione di due elementi essenziali.

Il primo è l'interesse nazionale unitario, il quale giustifica l'attribuzione di competenze e poteri esclusivi allo Stato.

Su di esso si fronteggiano una pluralità di orientamenti diversi: anzitutto le opinioni maggiormente tradizionali e conservatrici, le quali continuano a considerarlo (anche alla luce della legge cost. 3/2001) implicitamente presente nel nostro assetto costituzionale, individuando l'organo responsabile della sua concreta individuazione e perseguimento ora nella Corte costituzionale (26), ora nel legislatore ordinario; sull'altro versante, invece, si tiene maggiormente conto dei principi da ultimo costituzionalizzati con la riforma: particolare attenzione merita, quindi, la ricostruzione che identifica l'interesse nazionale con i limiti alla potestà delle Regioni espressamente sanciti nella Carta, con la conseguenza che si sarebbe in presenza di un interesse nazionale *“tipizzato”*, non idoneo a costituire il fondamento di un generale potere normativo dello Stato centrale (27).

In ultimo, degna di nota appare la posizione che vede l'interesse nazionale strettamente connesso alla sussidiarietà prevista dall'art. 118 Cost., rendendo quindi necessaria la sua determinazione, volta per volta, sulla base degli interessi concretamente coinvolti. (28)

Proprio quest'ultima appare forse l'opzione più aderente al nostro attuale assetto costituzionale. Se si mette in rapporto l'interesse nazionale con il pluralismo differenziato, si concluderà quindi che l'interesse unitario si realizza oggi nel coordinamento tra Enti con competenze (quanto meno legislative) reciprocamente intrecciate, anche se non del tutto pariorinate.

Si arriva così al secondo elemento essenziale, ossia il principio di leale collaborazione (29), che costituisce un necessario corollario proprio del pluralismo delineato dall'art. 114 Cost. (30), oltre che un parametro (assieme al principio di sussidiarietà) vincolante tanto per l'azione legislativa quanto per lo scrutinio di legittimità della Consulta.

Il rispetto di siffatto principio, sempre pacificamente riconosciuto anche in assenza di disposizioni che lo codificassero esplicitamente, appare oltremodo necessaria proprio nella materia ambientale alla luce della predetta configurazione quale *“materia trasversale”* (31).

Se, dunque, indubitabilmente in materia ambientale allo Stato spettano le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale, l'esistenza di interessi di livello regionale non è assolutamente esclusa, auspicando la stessa Corte (ad es., nella sentenza 88/2003) la predisposizione di *“adequate procedure”* finalizzate a bilanciare la capacità di penetrazione della competenza legislativa statale nelle materie di competenza regionale, nonché l'attuazione di una forte negoziazione centro-periferia per il tramite a ciò deputato della Conferenza Stato-Regioni (32). Su queste premesse, il compito della Corte costituzionale non consisterà tanto nella valutazione della corrispondenza tra le norme di coordinamento impugnate e l'interesse nazionale, quanto, piuttosto, nel controllo se le disposizioni impugnate siano effettivamente il precipitato di un procedimento connotato dalla leale cooperazione. (33)

Di quest'ultima, l'intesa rappresenta uno dei possibili strumenti di realizzazione in tutti quei casi in cui vi sia connessione, intersezione o reciproca incisioni tra attribuzioni costituzionali spettanti a soggetti od organi diversi (34). Essa consiste in una co-determinazione paritaria del contenuto dell'atto, dovendo a tal fine concretizzarsi (per costante orientamento della Corte costituzionale) in trattative reiterate, e senza che possa essere declassata ad una mera attività consultiva non vincolante (35).

### 5. (segue) Il problema della congruenza costituzionale dell'art. 34, comma 3, l. 394/1991.

Alla luce della direzione intrapresa dal legislatore costituzionale per ciò che concerne il rapporto Stato-Regioni, improntato al decentramento normativo ed amministrativo in uno con il pluralismo differenziato, che ritaglia pur sempre un ruolo "primario" per lo Stato, sorge il dubbio circa l'adeguatezza dell'art. 34, comma 3, l. 394/1991 (che nel suo inciso recita "sentita la Regione) a realizzare adeguatamente la necessaria rappresentanza di tutti gli interessi meritevoli di tutela coinvolti nella decisione di istituzione di un Parco Nazionale, nonché a promuovere quella necessaria "contrattazione" e coordinamento tra Autorità Statale ed Enti territoriali che, come argomentato, costituisce la concretizzazione del predetto principio di leale collaborazione. Più funzionale al raggiungimento di tali obiettivi sembrerebbe, infatti, essere, rispetto al parere, il meccanismo dell'intesa.

Da notare, inoltre, come la sua introduzione non determinerebbe né un'invasione delle competenze statali, né il rischio di una paralisi del procedimento istitutivo, in quanto la competenza dello Stato a legiferare circa l'opportunità, ossia l'*an* della costituzione di un Parco Nazionale, non verrebbe in alcun modo ad essere incisa. L'adozione dell'intesa avrebbe il solo effetto di coinvolgere la Regione nel passaggio successivo, ovvero quello in cui vengono in rilievo le sue competenze, nonché gli interessi per cui la stessa Regione è centro di imputazione e di rappresentanza: nella fase, appunto, della perimetrazione e dell'adozione delle misure di salvaguardia. In definitiva, tramite l'intesa si conferirebbe, in conformità al dettato costituzionale, un potere amministrativo agli Enti territoriali strumentale al conseguimento ed alla salvaguardia, in accordo con il principio di sussidiarietà, degli interessi di cui gli stessi sono depositari e rappresentanti. Del resto, nella medesima direzione vanno anche le richieste di attribuzione di competenza formulate ancora in epoca recente dalle Regioni in conformità all'art 116, comma 3, Cost, che sancisce il principio dell'autonomia regionale differenziata (36). Ed in effetti, anche da questo ulteriore punto di vista, il valore e l'entità delle richieste aventi ad oggetto l'autonomia legislativa, intesa come potere di disciplinare attraverso la legge la materia ambientale in maniera differenziata rispetto allo *standard* statale, è limitata, riguardando le istanze regionali piuttosto la possibilità di organizzare la gestione delle funzioni amministrative. Quindi, anche la maggioranza delle richieste regionali di autonomia tocca le funzioni amministrative (37).

A corroborare l'ipotesi dell'introduzione del meccanismo dell'intesa nell'art. 34, comma 3, l. 394/1991, può ulteriormente citarsi la pronuncia della Corte cost. n. 27/2004, in cui, se è vero che si afferma che la nomina unilaterale del Commissario straordinario di un Parco Nazionale, ex artt. 9, comma 1 e 21, comma 1 L. 394/1991, rientra e costituisce "attuazione del principio generale, applicabile a tutti gli enti pubblici, del superiore interesse pubblico", si precisa che sussiste una "condizione minima" per misurare l'esercizio concreto di tale potere. Il Commissario, infatti, viene nominato solo in assenza del rinnovo o della nomina dell'Organo ordinario per mancato raggiungimento di un accordo sul punto; perciò, ai fini della configurabilità del potere in capo al Ministro dell'Ambiente è necessario che il procedimento di intesa sia perlomeno cominciato, e, cioè, che siano state poste in essere "reiterate trattative volte a superare, nel rispetto del principio di leale cooperazione tra Stato e Regione, le divergenze che ostacolano il raggiungimento di un accordo". Sicché l'assenza di tale condizione determina l'insussistenza del potere in capo al Ministro competente (38).

Si rivela, dunque, del tutto plausibile sostenere che una maggiore coerenza con i principi costituzionali esigerebbe la previsione,

anche nell'ambito legislativo preso in considerazione, del meccanismo dell'intesa, non incidendo, come già chiarito, quest'ultima in alcun modo sui poteri e sulle competenze previste in capo allo Stato per il conseguimento dell'interesse nazionale.

Anche il rischio rappresentato dalla possibile paralisi della procedura istitutiva del Parco Nazionale, la quale rappresenterebbe un *vulnus* innegabile dell'interesse nazionale alla salvaguardia dell'ambiente, appare in concreto non realistico. Infatti, anzitutto è possibile richiamare, sul punto, la nota distinzione tra c.d. "intese forti" ed "intese deboli": mentre le prime impongono sempre la codecisione, ossia l'effettivo raggiungimento dell'accordo tra le parti quale condizione per l'adozione o quantomeno per l'efficacia dell'atto, le seconde sono uno strumento in cui il raccordo tra le parti è distinto in una prima fase finalizzata al raggiungimento della codecisione ed una seconda fase, solamente eventuale, la quale prevede l'attribuzione ad una delle parti del potere di decidere unilateralmente, una volta trascorso un termine prestabilito, purché la decisione rispetti il duplice vincolo della necessità indifferibile dell'adozione dell'atto e della congrua motivazione circa il mancato raggiungimento dell'accordo (39).

Il primo meccanismo per garantire l'adozione dell'atto potrebbe, dunque, essere, nel caso in esame, quello dell'intesa debole, prevedendosi la facoltà dello Stato, decorso il termine prestabilito dalla legge, di assumere unilateralmente la decisione inerente alla perimetrazione del Parco ed all'assunzione delle misure di salvaguardia. Tuttavia, una simile previsione, se isolata, rischia di porre ugualmente rischi circa la negoziazione effettiva tra le posizioni delle parti, quali la non effettività delle "reiterate trattative", o la fissazione di un termine oltremodo breve per addivenire all'intesa (40). Quindi, al fine di garantire l'effettività del coinvolgimento delle Regioni e degli Enti locali contemporaneamente alla salvaguardia dell'interesse nazionale, appare opportuno, qualora si opti per un'intesa debole, affiancare alla stessa opportuni strumenti di limitazione sostanziale e procedimentale, che, da un lato, restringano l'area delle posizioni manifestabili e, dall'altro, favoriscano l'avvicinamento tra posizioni confliggenti (41).

In conclusione del presente contributo, nell'attesa del pronunciamento del Consiglio di Stato, appare quantomai necessaria una riforma della l. 394/1991 che, in una prospettiva evolutiva del diritto, adegui tale disciplina al mutato ed attuale rapporto (e riparto delle competenze) tra Stato, Regioni ed Enti locali, favorendo un effettivo coinvolgimento degli enti territoriali in una materia "trasversale" quale l'ambiente, e garantendo in questo modo la reale attuazione del principio di leale cooperazione.

Nelle more di un tale impulso legislativo, sembra lecito chiedersi se, qualora l'attuale disciplina legislativa venisse sottoposta allo scrutinio della Corte costituzionale, questa non potrebbe in qualche modo farsi essa stessa patrocinatrice della riforma.

**Dott. Francesco Giuseppe Campodonico**

#### Note.

(1) Sul ruolo dell'Istituto, può vedersi E. Guaschino, *Definire per risolvere? Il ruolo dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca ambientale (ISPRA) nelle politiche ambientali*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 3/2018, pagg. 359-378.

(2) Per una ricostruzione del percorso inerente alla tutela costituzionale della natura v. S. Zanini, *La tutela dell'ecosistema, tra scienza e diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, pagg. 451 e ss.

(3) Sul ruolo avuto dalla legge costituzionale n. 3/2001, tra i molti. v. E. Malfatti, *Legge Costituzionale 18 Ottobre 2001, n.3 (riforma del Titolo V)*, in *Commentario della Costituzione. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, Bologna, 2006, pagg. 263-396;

(4) Cfr., *ex multis*, Cass. S.U., n. 5172/1979; Corte cost. 167/1987; Corte cost. 94/1985 e Corte Cost. 151/1986.

(5) Cfr. R. Saija, *Dal paesaggio all'ambiente: l'articolo 9, comma 2 Cost. attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *XXXVI Incontro di Studio Ce.S.E.T.*, pp. 131-140, 2007, Firenze University Press; A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Il Capitale culturale Studies on the Value of Cultural Heritage*, Vol. 9/2014; L. Casini, *La valorizzazione del paesaggio*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2014, pagg. 385-396.

(6) Cfr. S. Zanini, *La tutela dell'ecosistema, tra scienza e diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, pagg. 455-457.

(7) Cfr. M. Bellocchi e S. Passaglia (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di "ambiente" e "beni culturali"*, disponibile su <http://www.corte-costituzionale.it/studiRicerche.do>.

(8) Attraverso la predisposizione di tre livelli di competenza: ad un primo livello, allo Stato spettano "poteri idonei a garantire l'unitarietà di struttura e di funzionamento dei Parchi Nazionali", tra cui quello di "individuare le aree da destinare a parchi localizzati sul territorio di più Regioni e a Parchi di interesse nazionale"; ad un livello intermedio vi sono le competenze dell'Ente parco, dotato di poteri idonei a "impedire o a prevenire che la cura di ogni altro interesse pubblico si svolga in contrasto con le finalità di conservazione e valorizzazione dell'ambiente"; da ultimo, riguardo alle Regioni si afferma come "a livello della gestione diretta delle attività rilevanti per la protezione della natura e dell'ambiente [...] la Regione vanta una competenza ad hoc di tipo concorrente che si affianca a numerose altre competenze su materie confinanti". Per il dibattito dottrinale in materia ambientale v., ad es. M. Cecchetti, *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *federalismi.it*, n. 7/2009; M. Cecchetti, *Riforma del Titolo V della Costituzione e sistema delle fonti: problemi e prospettive nella materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in *federalismi.it*, 13 Giugno 2002, pagg. 1-20; D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. Dell'anno - E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Padova, 2012, pp. 233 ss.

(9) Secondo cui "L'istituzione di Parchi nazionali coinvolge varie competenze, sia dello Stato che delle Regioni, le quali si atteggiavano diversamente nei diversi momenti in cui la procedura di istituzione di svolge (decisione istitutiva; individuazione, provvisoria e definitiva, delle aree e determinazione dei confini; stabilimento delle misure di salvaguardia; creazione di Enti o Autorità di gestione, e così via) a seconda dell'incidenza delle relative determinazioni sulle competenze statali e regionali.

Quando si abbia a che fare con competenze necessariamente ed inestricabilmente connesse, il principio di leale collaborazione - che proprio in materia di protezione di beni ambientali e di assetto del territorio trova un suo campo privilegiato di applicazione - richiede la messa in opera di procedimenti nei quali tutte le istanze costituzionalmente rilevanti possano trovare rappresentazione.

Tuttavia, il primo momento del procedimento, cioè la decisione iniziale che attiva le procedure in vista della creazione di uno specifico Parco Nazionale (decisione che prelude ma non è ancora, come detto, l'istituzione), attenendo alla cura di un interesse non frazionabile Regione per Regione, rileva essenzialmente della competenza Statale, quale espressione di tale interesse" (punto 3. del Diritto).

(10) Che così si esprime al punto 3.1. del Diritto.

(11) Cfr., tra i molti, G. Arconzo, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in N. Zanon, A. Concaro (a cura di), *L'incerto federalismo: le competenze statali e regionali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 2005, pagg. 181-243; R. Bin, *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 3/2013, pagg. 509-528; F. Benelli,

*Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pagg. 905-913.

(12) I convenuti, infatti, hanno sostenuto l'assenza di competenza in capo al Tribunale Amministrativo Regionale, sulla base di due distinti motivi, consistenti l'uno nella possibile frustrazione del contenuto sostanziale della sentenza emessa dal TAR Lazio, l'altro nei pretesi effetti ultraregionali degli atti istitutivi di un Parco Nazionale.

(13) Del pari condivisibilmente, il TAR Liguria rileva come, se da un lato indubbiamente alla base dell'istituzione di un Parco Nazionale vi sia un interesse di carattere generale/nazionale (che giustifica l'attribuzione di una competenza esclusiva allo Stato), d'altro canto, di fatto, gli effetti concreti di una tale istituzione impattano sul territorio ligure (non essendo, peraltro, il nascente Parco Nazionale di Portofino munito della caratteristica della interregionalità). Il giudicante richiama così l'art. 13 del D.Lgs. 104/2010, il quale, all'ultimo periodo del primo comma, statuisce, in materia di competenza amministrativa, il "criterio degli effetti diretti". Il primo comma recita: *Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede.*

(14) Rispetto al riparto delle competenze tra Stato e Regioni, v. ad es. M. Belletti, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, in *Le Regioni*, n.5/2006, pagg. 903-932; U. De Siervo, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n.6/2004, pagg. 1245-1266; M. Cecchetti, *Tutela della fauna selvatica e attività venatoria: aspetti giuridici rilevanti e controversi nel riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *I Georgofili*, n.4/2013, pagg. 47-64; M. Mancini, *La disciplina degli istituti di protezione della fauna selvatica e delle biodiversità, nel quadro del riparto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Ricerche giuridiche*, vol. 6/2017, pagg. 29 e ss.

(15) In particolare, agli artt. 9, 34 e 35 della L. 394/1991.

(16) "Ove non diversamente previsto, il termine per l'espressione di pareri da parte delle regioni ai fini della presente legge è stabilito in giorni quarantacinque."

(17) "Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro dell'ambiente provvede alla delimitazione provvisoria dei parchi nazionali di cui ai commi 1 e 2 sulla base degli elementi conoscitivi e tecnico-scientifici disponibili, in particolare, presso i servizi tecnici nazionali e le amministrazioni dello Stato nonché le regioni e, sentiti le regioni e gli enti locali interessati, adotta le misure di salvaguardia necessarie per garantire la conservazione dello stato dei luoghi. La gestione provvisoria del parco, fino alla costituzione degli Enti parco previsti dalla presente legge, è affidata ad un apposito comitato di gestione istituito dal Ministro dell'ambiente in conformità ai principi di cui all'articolo 9."

(18) Tra i molti, v. F.P. Casavola, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Il foro italiano*, n. 4/1995, pagg. 153-154 e 161-162; A. Albisetti, *Principi supremi dell'ordinamento e articolo 9 della Costituzione*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Maggio 2009, pagg. 1-9; A. Apostoli, *L'art. 139 ed il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in *Convegno del Gruppo di Pisa: Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale* - Università degli studi "Magna Grecia" di Catanzaro, 8-9 Giugno 2018 "Art. 139 ed il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili".

(19) In materia di decentramento, v., ad es., T. Groppi, *Il Titolo V cinque anni dopo, ovvero la Costituzione di carta*, in *Le Regioni*, n. 4/2007, pagg. 421-432, e A. Poggi, *Dopo la revisione costituzionale: i beni culturali e gli scogli del "decentramento possibile"*, in *Aedon*, n. 1/2002.

(20) "Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti

le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata.”

(21) Cfr. P. Veronesi, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, n. 6/2003, pagg. 13 e ss.

(22) Cfr. M. Olivetti, *Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, 1° co.)*, in T. Groppi - M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2001, 37 ss.; A. Anzon, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, pagg. 70 ss.

(23) “[...] Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.”

(24) Vedi, tra i tanti, P. Caretti, *Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in *Le Regioni*, n. 6/2002, pagg. 1325-1336; G. Marchetti, *I poteri sostitutivi nel quadro del nuovo assetto dei rapporti tra stato, regioni ed enti locali*, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. 1/2005, pagg. 233-266.

(25) Cfr. R. Bin, *La funzione amministrativa nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, 369 ss.

(26) M. Carli, *I limiti alla potestà legislativa regionale*, in *Le Regioni*, n. 6/2002, cit., 1369 ss.; 6 R. Tosi, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2002, pagg. 86-88.

(27) Così A. Anzon, *Un passo indietro verso il regionalismo “duale”*, in AA.VV., *Il nuovo Titolo V*, 2002; M. Luciani, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

(28) Cfr. P. Veronesi, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, n. 6/2003, pag. 8.

(29) Cfr. R. Bin, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. di dir. Cost.*, 2001, 3 ss.

(30) “La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione. Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento.”

(31) Del resto, anche la sentenza della Corte cost. n. 488/2002 (punto 3 del Considerato in diritto) afferma che “Quando si abbia a che fare con competenze necessariamente ed indistricabilmente connesse il principio di leale cooperazione richiede la messa in opera di procedimenti nei quali tutte le istanze costituzionalmente rilevanti possano trovare rappresentazione”.

(32) Cfr. R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte Costituzionale*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 1° febbraio 2017.

(33) Cfr. R. Bin, *L'interesse nazionale*, cit., 1218 ss.

(34) Cfr. M. Cecchetti, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come*

preservare il valore della “codecisione paritaria” evitandone gli effetti perversi, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pagg. 1044-1053.

(35) Cfr. G. Manfredi, *Le intese e gli accordi fra Stato e Regioni in Italia*, in G. Pastori (a cura di), *Accordi e intese nell'ordinamento regionale. Materiali per la riforma*, Milano, 1993, 121 ss.; C. Desideri, L. Torchia, *I raccordi tra Stato e Regioni. Un'indagine su organi e procedimenti*, Milano, 1986. Evidente è dunque la differenza tra intesa e parere, con quest'ultimo caratterizzato dalla unilateralità e dalla non vincolatività, al contrario della prima, i cui tratti distintivi essenziali sono la necessità e la negoziazione bilaterale: cfr. A. D'atena, *Sulle pretese differenze tra intese “deboli” e pareri, nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 1991, 3908 ss.; F. S. Marini, *La “pseudocollocazione” di tipo organizzativo: il caso della Conferenza Stato-Regioni*, in *Rass. Parlamentare*, n. 3/2001, 671 ss. (36) Fra i molti, cfr. R. Bin, *Le materie nel dettato dell'art. 116 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 Giugno 2019; L. Violini, *L'autonomia delle Regioni Italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3 Cost.*, in *Rivista AIC*, n.4/2018, pagg. 319 e ss.; L. Vandelli, *Prospettive di differenziazione regionale: dalle autonomie speciali alle ulteriori forme e condizioni di autonomia ex art. 116 della Costituzione*, in *Atti Convegno Astrid-Cranec, Autonomie regionali: specialità e differenziazioni* (<http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/09/Prospettive-di-differenziazione-regionale-dalle-autonomie-speciali-alle-ulteriori-forme-e-condizioni-di-autonomia-ex-art.-116-della-Costituzione>).

(37) Cfr. R. Bifulco, M. Cecchetti, *Le attuali prospettive di attuazione dell'art. 116, comma 3, della Costituzione: una ipotesi di intesa nella materia “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema”*, in *Le Regioni*, n. 4/2017, pagg. 757-770.

(38) Cfr. ancora M. Cecchetti, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della “codecisione paritaria” evitandone gli effetti perversi*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pagg. 1044-1053.

(39) Cfr. A. Costanzo, *Aspetti problematici delle intese fra Stato e Regioni*, in *Dir. soc.*, 1983, pagg. 447 ss., e G. Rizza, *Le intese costituzionali tra enti territoriali: tipologia, orientamenti della Corte e spunti ricostruttivi*, in *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, pagg. 705 ss.

(40) Su tale aspetto, solo per fare un esempio, si può ricordare emendamento aggiuntivo che era stato approvato dalla Commissione Affari Costituzionali rispetto al disegno di legge di conversione del d.l. 136/2004, con il quale si intendeva modificare l'art. 9 della legge n. 394 del 1991 introducendo un nuovo comma 3-bis del seguente tenore: “Esperate le procedure di cui al comma precedente, qualora entro trenta giorni non si raggiunga l'intesa con la regione interessata, il Ministro dell'ambiente può chiedere al Presidente del Consiglio dei ministri di sottoporre la questione al Consiglio dei ministri, che provvede con deliberazione alla nomina del Presidente”. L'emendamento è stato poi ritirato nella fase di approvazione da parte del *plenum*: cfr. Senato della Repubblica, XIV Legislatura, Resoconto sommario della seduta n. 410, 29 giugno 2004, della Commissione Affari Costituzionali.

(41) Ancora utile (e forse necessario) sarebbe anche la previsione di un procedimento che, in assenza dell'accordo tra le parti, rimettesse l'adozione dell'atto ad un organo terzo ed imparziale, quale un Comitato formato da rappresentanti di tutte le parti coinvolte (Ministero, Regioni ed Enti locali): cfr. M. Cecchetti, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della “codecisione paritaria” evitandone gli effetti perversi, ibidem*.

# Massimario

TAR Liguria, sez. I, 4 novembre 2022, n. 993 - Pres. Caruso - Est. Felletti - Gral Costruzioni s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Edilizia 3A s.r.l., (Avv.ti Piselli, Bracxci e Giordano) c. Università di Genova (Avvocatura dello Stato) e I.M.E. (Avv.ti Mischi e Corinaldesi).

**APPALTI - gara per l'aggiudicazione dei lavori di restauro dell'ala est dell'ex albergo dei poveri - incompatibilità con la tipologia dei lavori degli strumenti e degli accorgimenti tecnici e costruttivi prospettati e loro apporto minimo di benefici in termini di riduzione degli operai - inidoneità di prestazioni di scrostatura ed intonacatura realizzate mediante scalpello ad aghi e non con punta e mazzetta - macroscopica inattendibilità dell'offerta e/o la palese incongruenza dei costi del lavoro esposti - illegittima aggiudicazione della gara - annullamento.**

(Costituzione, art. 97; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, artt. art. 30, 94, comma 1, lett. a), 95, commi 10 e 14, e 105, comma 16)

*È illegittima l'aggiudicazione dei lavori di restauro da eseguirsi in presenza di una macroscopica inattendibilità dell'offerta e/o palese incongruenza dei costi del lavoro esposti*

L.C.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Liguria, 10 novembre 2022, n. 114 - Pres. Rosati - Est. Brancoli Brusdaghi - Procura regionale (Avv. Giuseppone) c. Massardo (Avv.ti Arecco, Bitto, Mainardi e Maoli).

**CORTE DEI CONTI - giudizio di responsabilità amministrativa - professore ordinario nell'università - svolgimento di attività istituzionali e gestionali senza vincolo di subordinazione presso enti pubblici e privati senza scopo di lucro, di valutazioni di progetti di ricerca presso un ente pubblico, di consulenze non caratterizzate dal compimento di attività tipicamente riconducibili alle figure professionali di riferimento - attività legittime in quanto liberalizzate o previamente autorizzate - insufficienza di elementi atti a inferire lo svolgimento tout court di attività libero professionale incompatibile - assenza di prova di un danno in concreto sotto forma di abbassamento quantitativo o qualitativo della prestazione docente - rigetto della domanda di condanna al risarcimento.**

(L. 30 dicembre 2010, n. 240, art. 6, comma 9; d.p.r. 10 gennaio 1957, art. 60; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, artt. 1 e 53; d.p.r. 11 luglio 1980, art. 11; decreti rettorali Unige n. 401 del 24 maggio 2011, n. 677 del 6 ottobre 2011; n. 1783, 8 maggio 2020).

*Va rigettata la domanda di condanna al risarcimento del danno proposta nei confronti di professore ordinario a tempo pieno che abbia espletato attività istituzionali, gestionali, valutative e di consulenza liberalizzate o previamente autorizzate.*

P.C.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Liguria, 30 marzo 2023, n. 43 - Pres. Rosati - Est. Grasso - Procura regionale (Avv. Gribaudo) c. XY (Avv. XX).

**CORTE DEI CONTI - giudizio di responsabilità amministrativa - asserita mancata aderenza tra citazione e invito a dedurre - eccezione di nullità della citazione - accertata corrispondenza nei due atti del nucleo fondamentale degli addebiti - infondatezza dell'eccezione.**

(D.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, artt. 67 e 86; Corte dei conti, sez. giurisd. Lazio, sent. n. 69/2017; sez. giurisd. Veneto, sent. n. 251/2022)

**CORTE DEI CONTI - giudizio di responsabilità amministrativa - decorrenza della prescrizione dal momento della realizzazione del danno - questioni di legittimità costituzionale e convenzionale di tale regime - natura patrimoniale-risarcitoria della responsabilità amministrativa - manifesta infondatezza delle questioni.**

(Costituzione, art. 3, 24 e 111; Cedu, art. 6; legge 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, comma 2; c.c. art. 2935; Cass. sez. III, 2 aprile 2004, n. 6515/2004; Corte dei conti, Sez. giurisd. Umbria sent. n. 7/2022; legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 24)

**CORTE DEI CONTI - giudizio di responsabilità amministrativa - assoluta irresponsabilità per attività giurisdizionale - esclusione - ritardo per condotta gravemente colposa del giudice - affermazione della responsabilità amministrativa del giudice - condanna al risarcimento del danno.**

(Costituzione, artt. 28, 101, 104 e 108; Corte cost. sent. n. 385 del 1996; l. 24 marzo 1989, n. 89, art. 5, comma 4)

*Ai fini del rispetto del principio di aderenza tra citazione e invito a dedurre non è richiesta la perfetta identità dei due atti, sibbene la corrispondenza del nucleo fondamentale degli addebiti.*

*Alla natura patrimoniale-risarcitoria della responsabilità amministrativa ed alla connessa applicabilità dell'art. 2935 del codice civile al regime della prescrizione consegue la manifesta infondatezza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale e convenzionale.*

*Vanno ritenute conciliabili col principio costituzionale di indipendenza della funzione giudiziaria la responsabilità civile, penale ed amministrativa e la sottoposizione del giudice al giudizio di responsabilità amministrativa.*

P.C.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Liguria, 14 giugno 2023, n. 55 - Pres. Rosati - Est. Brancoli Brusdaghi - Procura regionale (Avv.ti Giuseppone e Ronci) c. Massobrio e altri (Avv.ti Campagna, Tonnichchi e Manzi).

**CORTE DEI CONTI - giudizio di responsabilità amministrativa - eccezione per intervenuta transazione - occorso depauperamento dell'amministrazione per effetto dell'atto transattivo - sussistenza della responsabilità amministrativa indiretta.**

(C.c. art. 1965, comma 1; l. 8 marzo 2017, n. 24, art. 13; Corte dei conti, sez. giurisd. Piemonte, 9 dicembre 2021, n. 355).

**CORTE DEI CONTI - giudizio di responsabilità amministrativa - sentenza penale irrevocabile di condanna - efficacia di giudicato nel giudizio amministrativo per il risarcimento del danno.**

(C.p.p. art. 651).

**CORTE DEI CONTI - giudizio di responsabilità amministrativa - condotta macroscopicamente difforme dagli standard richiesti all'equipe medica operatoria - colpa grave - sussistenza - medico specializzando - rideterminazione riduttiva del quantum del danno.**

(L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, comma 1-quater; Corte dei conti, sez. giurisd. III d'app., 28 settembre 2018, n. 362, sez. giurisd. Liguria, 5 dicembre 2021, n. 222).

*La responsabilità amministrativa indiretta sussiste anche quando il depauperamento subito dall'amministrazione a seguito del pagamento, da parte della stessa, al terzo danneggiato, sia l'effetto di un atto transattivo.*

*La sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso.*

*Costituisce colpa grave l'evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta ex ante ravvisabili e riconoscibili per dovere professionale d'ufficio, che, in assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà si materializzano nell'insosservanza del minimo di diligenza richiesto e in una marchiana imperizia o in un'irrazionale imprudenza (nella specie una condotta macroscopicamente difforme dagli standard richiesti all'equipe medica operatoria)*

P.C.

TAR Liguria, sez. I, 4 novembre 2022, n. 1096 - Pres. Caruso - Est. Felletti - XX (Avv.ti Boetto e Peverati) c. Regione Liguria (Avv.ti Castagnoli e Bozzini) c. Ministero dell'Interno, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli - Ufficio Regionale Liguria, Autorità Nazionale Anticorruzione e Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avvocatura dello Stato) e Comune di Lavagna (non costituito).

**INTERDITTIVA ANTIMAFIA - impugnazione contestuale al conseguente atto applicativo - competenza del tribunale che conosce anche della causa accessoria - esigenza ulteriore del *simultaneus processus*.**

(C.p.a., art. 13, comma 1, e 39; c.p.c., art. 31 c.p.c (Cons. St., ad. plen., ord. 31 luglio 2014, n. 17).

**INTERDITTIVA ANTIMAFIA - necessità di minacce reali e presenti e non su pericoli ipotetici o pregressi - difetto di istruttoria e di motivazione - illegittimità derivata degli atti applicativi adottati dall'agenzia delle dogane e dei monopoli, dal comune di Lavagna e dall'A.N.A.C.**

(Costituzione, artt. 24 e 97; d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, artt. 67, 84, comma 4, 87, 88, 89-bis, 91 e 94; legge 7 agosto 1990, n. 241, artt. 1, 2, 3 e 7)

*È competente per l'impugnazione dell'interdittiva antimafia unitamente al conseguente atto applicativo il Tribunale competente per la causa principale anche in forza del principio del *simultaneus processus**

*Risultano viziate per difetto di motivazione ed istruttoria le informative antimafia adottate senza l'attualizzazione della prognosi di rischio infiltrativo nell'attività economica e la verifica della presenza o l'assenza nell'oggi di concreti elementi indiziari della permeabilità mafiosa dell'impresa.*

L.C.

Corte Costituzionale, 23 febbraio 2023, n. 71 - Pres. Sciarra - Red. Antonini - Regione Liguria (Avv. Piciocchi) c. Stato (Avvocatura dello Stato).

**REGIONE LIGURIA - ricorso su richiesta del consiglio delle autonomie locali - fondo di solidarietà comunale (FSC) - istituzione di specifici vincoli di destinazione sulla relativa spesa in funzione del raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni o, nell'attesa della definizione di questi ultimi, di obiettivi di servizio - assunta violazione del principio dell'autonomia finanziaria locale e del divieto di vincoli di destinazione - questione di legittimità costituzionale - richiesta di una pronuncia di carattere sostitutivo che assicuri contributi equivalenti con nuove risorse statali estranee al fsc - carattere manipolativo del *petitum* in presenza di soluzioni alternative rientranti nella discrezionalità legislativa - inammissibilità allo stato attuale della questione - necessità tuttavia di un tempestivo intervento legislativo atto a superare una soluzione perequativa ibrida non coerente con l'art. 119 cost.**

Costituzione, artt. 5 e 119, primo, terzo, quarto e quinto comma; legge 30 dicembre 2021, n. 234, art. 1, commi 172, 174, 563 e 564; legge 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 380, lettera b)

*È inammissibile allo stato attuale il ricorso della Regione Liguria, proposto su richiesta del Consiglio delle Autonomie locali, avverso l'istituzione di specifici vincoli di destinazione a carico Fondo di solidarietà comunale in funzione del raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni o, nell'attesa della definizione di questi ultimi, di obiettivi di servizio, a motivo del carattere manipolativo del *petitum* in presenza di soluzioni alternative rientranti nella discrezionalità legislativa, pur nella necessità di superare una soluzione perequativa ibrida non coerente con l'art. 119 Cost.*

L.T.

Corte Costituzionale, 18 aprile 2023, n. 115 - Pres. Sciarra - Red. de Pretis - Stato (Avv. Caselli) c. Regione Liguria (Avv. Masuelli).

**REGIONE LIGURIA - ripermetroazione dei parchi naturali regionali - presunte riduzione della tutela paesaggistica e violazione del principio di copianificazione paesaggistica - questioni di legittimità costituzionale - competenza esclusiva regionale in ordine alla classificazione e istituzione dei parchi - valutazione congiunta Stato - Regione dell'interesse paesaggistico da operare in sede di pianificazione paesaggistica del territorio regionale - forzata ed erronea commistione da parte statale tra le precedenti funzioni - infondatezza delle questioni.**

(Costituzione, artt. 9, secondo comma, e 117, secondo comma, lettera s) in relazione agli artt. 135, 142, 143 e 145 del d.lgs. n. 42 del 2004; legge reg. Liguria 15 luglio 202, n. 7; art. 18, comma 1; legge 6 dicembre 1991, n. 394, art. 2, comma 8)

*Non sono fondate a causa della forzata ed erronea commistione tra le competenze di classificazione dei parchi naturali regionali (spettante alla Regione) e di pianificazione paesaggistica (spettante alla valutazione congiunta di Stato e Regione) le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, della legge della Regione Liguria 15 luglio 2022, n. 7, promosse, in riferimento agli artt. 9, secondo comma, e 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, in relazione agli artt. 135, 142, 143 e 145 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*

L.T.

# Documenti

## *Calendario venatorio ligure per il 2023/2024: il terzo incomodo tra Stato e Regione.*

**Lara Trucco**

*Ordinario di Diritto costituzionale  
nell'Università di Genova*

Gli interessati devono aver appreso con soddisfazione che la Liguria è stata tra le prime regioni ad approvare e a pubblicare sul proprio sito istituzionale il “Calendario venatorio 2023/2024”. L’apertura è, infatti, programmata per la terza domenica di settembre ed anche le date di chiusura sono state definite (1).

Com’era abbastanza scontato, la circostanza ha suscitato appelli, critiche e polemiche; ma è altrettanto prevedibile che si tratti solo di un debutto (2). Là dove potrebbe invece apparire singolare che proprio le associazioni del settore venatorio, riunite in una “Cabina di regia”, abbiano deplorato che l’Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) abbia “copia-incollato” i pareri già resi in materia l’anno passato, facendo traslare nel nuovo calendario gli stessi vizi già censurati in precedenza dai giudici amministrativi. Nello specifico, è stata criticata l’omessa considerazione delle peculiari caratteristiche morfologiche, climatiche ed ambientali delle singole regioni, tenendosi, invece, in conto atti privi di rilevanza giuridica, come i *Key Concepts Document* emanati dalla Commissione europea e ritenuti pregiudizialmente favorevoli alle “ragioni” della selvaggina (3). Riecheggiando tali critiche, alcuni parlamentari hanno, poi, proposto un’interrogazione al ministro, nel timore che le posizioni delle associazioni venatorie e dei produttori di armi e munizioni stiano influenzando “gravemente” l’autonomia dell’ISPRA stessa «denigrandone l’operato e l’autorevolezza scientifica riconosciuta e apprezzata a livello internazionale» (4).

Al fondo, però, si riscontra un più ampio malessere dovuto all’incerta perimetrazione della portata dei poteri e del ruolo stesso dell’Istituto, istituito, sotto la vigilanza del Ministro competente in materia di ambiente (*ex art. 28, commi 8 e 9, l. n. 13 del 2008 n. 133 di conversione, con modif., del d.l. n. 112 del 2008 e succ. modif.*). È infatti indubitabile come nel tempo l’ISPRA abbia visto i suoi pareri assumere sempre maggiore importanza, mirando a rispondere ad un’esigenza unitaria per tutto quanto concerne la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema, grazie, in particolare, alla possibilità di definizione degli *standard* minimi ed uniformi di protezione ambientale valevoli in tutto il territorio nazionale. Di qui il rilievo mosso all’ente pubblico di ricerca di avere esorbitato dalla dimensione tecnica configurata dalla legge incidendo, è vero, sulle iniziative regionali ritenute pregiudizievoli agli equilibri ambientali rientranti nella potestà legislativa esclusiva dello Stato (*ex art. 117, comma 2, lett. s, Cost.*), epperò indirettamente condizionando anche la competenza residuale regionale, in materia.

Un rilievo, quest’ultimo, non trascurabile, visto che una tale «surrettizia trasformazione» dei pareri dell’ISPRA, in “pareri obbligatori e di fatto vincolanti” viene ascritta alla giurispru-

denza di Palazzo Spada (5), che ammette la possibilità solo in «altre ipotesi» di disattendere con adeguata motivazione «l’avviso di tale organo», lasciando con ciò intendere, per l’apunto, che nella generalità dei casi essi siano vincolanti (6). Venendo alla nostra regione, parrebbe essere un siffatto approccio - però “temperato” nei suoi presupposti ed esiti - quello seguito dal T.A.R. Liguria, quando è stato chiamato a pronunciarsi sul calendario venatorio dell’anno passato, ritenendo che il discostamento dalle indicazioni dell’ISPRA fosse stato motivato in modo “congruo e non irrazionale”; ed individuando (qui sta il punto), inoltre, un caso di vincolatività nelle ipotesi in cui il «parere reso dall’ISPRA in ordine alla modifica della durata della stagione venatoria per determinate specie» disponga la «posticipazione della data di chiusura dopo il 31 gennaio e non oltre la prima decade di febbraio» (7). Nello specifico, la prospettazione, qui, da parte del T.A.R., di una norma contenuta nella legge-quadro statale (segnatamente, all’art. 18, comma 2, della legge n. 157 del 1992) (8) non può passare inosservato. Si tratta, infatti, di una precisazione, non solo, a ben vedere, superflua, perché esulante dal caso in esame, ma anche fuorviante, in quanto, com’è noto, le violazioni di legge possono ed anzi debbono farsi valere per le vie “ordinarie”, indipendentemente dai pareri dell’Istituto... col risultato, in ultima analisi, di avere, il giudice amministrativo, ulteriormente complicato le cose.

Del resto, basterebbe guardare alla giurisprudenza costituzionale per avvedersi dell’opportunità di far propria una certa linearità in materia. La Corte, infatti, pur non “circoscrivendo” la portata dei pareri dell’Istituto a pura attività di consulenza di carattere tecnico-scientifico, si limita a fare di essi un uso “*ad adiuvandum*” di altre argomentazioni (Corte cost. sent. n. 266 del 2010) (9); affermandone, al più, la natura obbligatoria ma non vincolante (Corte cost. sent. n. 90 del 2013) (10). Si tratta, peraltro, dell’approccio seguito dai T.A.R. che, pur riconoscendo ai ridetti pareri diretta coerenza nei confronti delle amministrazioni regionali, fanno attenzione, tuttavia, a precisare che gli stessi «da un punto di vista giuridico, non sono vincolanti» reputandoli «comunque» superabili *in bonam* ma anche *in malam partem*, pur sempre «previa adeguata motivazione» (11).

Tornando al Calendario venatorio ligure per il 2023/2024, sembra pronosticabile che ormai rimanga quello già pubblicato, trattandosi, inequivocabilmente, di una “situazione fotocopia” rispetto a quella dell’anno passato, avallata dal medesimo T.A.R. Tuttavia, da tale vicenda emerge l’improrogabilità di un intervento chiarificatore del legislatore statale, tanto più alla luce della recente riforma costituzionale che affida alla legge dello Stato la disciplina “dei modi e delle forme di tutela degli animali”, nel quadro proprio della promozione dello sviluppo della ricerca scientifica e tecnica (art. 9 cost.) (12). Benché, poi, parrebbe essere lo stesso Istituto a «non pretende[re] affatto di ingerirsi nelle scelte regionali, né di modificare [la legge]» (13), in tale luce, non è inverosimile che l’importanza del suo ruolo in materia possa uscirne consolidata.

Nel frattempo, la discussione procede, non potendo, forse, dirsi casuale che in Conferenza Stato-Regioni si discuta della creazione di un comitato tecnico nazionale in materia, in cui non sembra difficile riconoscere una “ISPRA novella”, specie dal lato della sua composizione (14).

**Note.**

- (1) In particolare, il cinghiale costituirà bersaglio dei cacciatori dal 1° ottobre al 31 dicembre 2023: <https://www.regione.liguria.it/home-page-agricoltura/come-fare-per/caccia-modulistica/calendario-venatorio.html>
- (2) V. M. Sbardella, *Calendari venatori, pareri Ispra “fotocopia” nonostante le sentenze dei Tar*: [https://tuttoggi.info/dell'11\\_maggio\\_2023](https://tuttoggi.info/dell'11_maggio_2023); volendo, per il passato, anche L. Trucco, *Caccia in Liguria: a quando il termine della “telenovela venatoria”?* in questa *Rivista*, 2011, 59 ss.
- (3) Nella nostra Regione le critiche dei cacciatori liguri si sono soprattutto concentrate sul sostanziale disinteresse dell'ISPRA per una decisione del TAR Liguria relativa al Calendario dell'anno passato, resa a seguito di un ricorso della Lega Italiana Protezione Uccelli (LIPU), che aveva ritenuto legittimo l'allungamento del periodo di caccia al tordo bottaccio, fissando la data di chiusura il 30 anziché il 10 gennaio (si veda al riguardo la pronuncia del T.A.R. Liguria, sez. II, sent. 2 dicembre 2015, n. 974).
- (4) Atto Camera n. 4/01172 del 16 giugno 2023.
- (5) Esemplarmente, T.A.R. Marche, sez. I, sent. 15 febbraio 2023, n. 104.
- (6) Cons. Stato, sez. III, sent. 22 giugno 2018, n. 3852.
- (7) Cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, sent. 2 dicembre 2015, n. 974, cit.
- (8) Trattasi, per la precisione, della legge 11 febbraio 1992, n. 157, recante le “Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio”.
- (9) In un primo momento la Corte si è rifatta al parere dell'ISPRA *ad adiuvandum*, considerando che «il mancato assolvimento» dell'obbligo della «puntuale ed espresa indicazione della sussistenza di tutte le con-

dizioni» specificamente indicate per la previsione di deroghe al divieto di caccia e di cattura degli esemplari appartenenti alla fauna selvatica stabilite dalle norme eurounitarie (v. la dir. 2 aprile 1979, 79/409/CEE “concernente la conservazione degli uccelli selvatici”) risultava «ancora più evidente se si considerano le puntuali obiezioni svolte dall'ISPRA» nel parere dato al riguardo (Corte cost. sent. n. 266 del 2010).

(10) Così essa ha ritenuto «evidente che il legislatore statale, prescrivendo la pubblicazione del calendario venatorio e contestualmente del “regolamento” sull'attività venatoria e imponendo l'acquisizione obbligatoria del parere dell'ISPRA, e dunque esplicitando la natura tecnica del provvedimento, abbia inteso realizzare un procedimento amministrativo, al termine del quale la Regione è tenuta a provvedere nella forma di regolamento» (Corte cost. sent. n. 90 del 2013).

(11) V.T.A.R. Marche, sez. I, sent. 15 febbraio 2023, n. 104, cit.

(12) V. la legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1, recante “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente”.

(13) Così il T.A.R. Marche, sez. I, sent. 15 febbraio 2023, n. 104, cit.

(14) V. la seduta della Conferenza Stato-Regioni del 10 maggio 2023 sullo schema di decreto del Ministro dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste concernente la “Ricostituzione del Comitato tecnico faunistico-venatorio nazionale, di cui all'articolo 8 della legge 11 febbraio 1992, n. 157, recante “Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio”” (<https://www.statoregioni.it/it/conferenza-stato-regioni/sedute-2023/seduta-del-10052023-atti/repertorio-atto-n-120csr/>).



## Gli interventi di demolizione e ricostruzione dei beni vincolati.

**Giulio Stagnaro**

Avvocato, Foro di Genova

**Sommario:** 1. Vicende della “fedeltà” urbanistica negli interventi di demolizione e ricostruzione dei beni vincolati. - 2. La disciplina tra contraddittorietà e realismo. - 3. I contrasti interpretativi precedenti alle novelle del 2022. - 4. Le novelle del 2022 e l’applicabilità del cd. Superbonus.

### 1. Vicende della “fedeltà” urbanistica negli interventi di demolizione e ricostruzione dei beni vincolati.

Nell’ambito degli interventi che interessano i manufatti esistenti, la ristrutturazione edilizia rappresenta quello di maggiore ampiezza e rilevanza, essendo preordinata a “trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente” (art. 3, comma 1, lett. d), del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 - Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia -Testo A) (1). In forza di tale disposizione, la ristrutturazione può essere attuata non solo mediante interventi che comportano il mantenimento dell’organismo edilizio preesistente ma anche tramite l’integrale demolizione e ricostruzione del fabbricato originario. La precitata disposizione prevede, altresì, una disciplina differenziata per la demolizione e ricostruzione di immobili soggetti ai vincoli (culturale e paesaggistico) di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell’articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137) (2), rispetto agli analoghi interventi che interessano i beni non vincolati.

Relativamente ai beni non sottoposti al regime vincolistico, l’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001 dispone che rientrano nella ristrutturazione edilizia “gli interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversi sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l’adeguamento alla normativa antisismica, per l’applicazione della normativa sull’accessibilità, per l’installazione di impianti tecnologici e per l’efficientamento energetico”. Per tali beni, pertanto, la ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione assume una nozione assai ampia, includendo anche interventi suscettibili di determinare una significativa trasformazione dei manufatti preesistenti. Infatti, la ricostruzione non deve necessariamente rispettare il requisito dell’identità (c.d. “fedeltà”) rispetto al corpo di fabbrica preesistente, potendo quindi portare alla modifica delle sue caratteristiche costruttive (*in primis*, volumetria e superficie).

Con riferimento agli immobili vincolati dal d.lgs. n. 42/2004, allo stato attuale il regime giuridico degli interventi di demolizione e ricostruzione risulta, invece, più articolato.

Al riguardo, nel corso del 2022, sono intervenute due modifiche dell’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001, che hanno esteso in maniera significativa la portata degli interventi di ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione sui beni vincolati rispetto alla precedente disciplina, introducendo un regime differenziato a seconda della specifica tipologia di vincolo.

In un primo tempo, la legge 27 aprile 2022, n. 34 (di conversione, con modif., del d.l. 1° marzo 2022, n. 17) (3), ha modificato l’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001, disponendo che gli interventi di demolizione e ricostruzione che interessano gli immobili siti nelle aree di vincolo paesaggistico tutelate per legge ai sensi dell’art. 142 del d.lgs. n. 42/2004 (quali, tra gli

altri, le fasce costiere e fluviali, gli ambiti montani, i boschi) rientrano nella ristrutturazione (anziché nella nuova edificazione) anche se determinano un mutamento delle originarie caratteristiche costruttive e non soddisfano quindi il requisito della “fedeltà”.

In seguito, la legge 15 luglio 2022, n. 91 (di conversione, con modif., del d.l. 17 maggio /2022, n. 50), ha apportato (con l’art. 14) una nuova modifica all’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001, ampliando ulteriormente la nozione di ristrutturazione edilizia. È stata, infatti, inclusa in quest’ultima categoria anche la demolizione e ricostruzione “infedele” dei fabbricati soggetti a vincolo paesaggistico in forza dell’art. 136, lett. c) e d) del d.lgs. n. 42/2004, che riguardano, rispettivamente, i “complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri ed i nuclei storici” (art. 136, lett. c), e le “bellezze panoramiche e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze” (art. 136, lett. d).

Le novelle del 2022 hanno, quindi, modificato in maniera rilevante l’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001, estendendo gli interventi di ristrutturazione che possono essere effettuati sui beni vincolati mediante demolizione e ricostruzione. Dimodoché, allo stato attuale, il requisito della necessaria “fedeltà” (4) è richiesto, ai fini dell’inclusione dell’intervento nella ristrutturazione edilizia, esclusivamente per le opere di demolizione e ricostruzione che interessano le seguenti categorie di immobili tutelati dal d.lgs. n. 42/2004:

- a) edifici sottoposti dalla disciplina di cui alla Parte II del medesimo d.lgs. (ossia, tutti i beni culturali);
- b) immobili soggetti al vincolo paesaggistico previsto dalla lett. a) dell’art. 136, d.lgs. n. 42/2004 (“le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale, singolarità geologica o memoria storica”);
- c) ulteriori immobili di cui all’art. 136, lett. b), d.lgs. n. 42/2004 (“le ville, i giardini e i parchi, non tutelati dalle disposizioni della Parte seconda del presente codice, che si distinguono per la loro non comune bellezza”).

Al contrario, la ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione non è soggetta alla “fedeltà” per gli immobili sui quali gravano gli ulteriori vincoli paesaggistici di cui al d.lgs. n. 42/2004, ossia i fabbricati siti nelle aree tutelate per legge (art. 142 dello stesso d.lgs.), i centri e i nuclei storici (art. 136, lett. c) e le bellezze panoramiche (art. 136, lett. d).

Il requisito della “fedeltà”, inoltre, è attualmente richiesto dall’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001 per la ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione degli immobili che, pur non essendo tutelati dal d.lgs. n. 42/2004, risultano “ubicati nelle zone omogenee A di cui al decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, o in zone a queste assimilabili in base alla normativa regionale e ai piani urbanistici comunali, nei centri e nuclei storici consolidati e negli ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico”; peraltro, precisandosi che, per i suddetti immobili, resta comunque salva la possibilità di introdurre una differente disciplina tramite “le previsioni legislative e degli strumenti urbanistici per la ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione di immobili”.

La concreta individuazione degli immobili inclusi nelle zone omogenee A del d.m. n. 1444/1968 (5) deve essere effettuata sulla base della vigente disciplina urbanistica dei singoli territori, tenuti a procedere alla zonizzazione del proprio territorio (6). Parimenti, occorre fare riferimento alla disciplina urbanistica comunale e alle eventuali previsioni normative regionali in materia allo scopo di identificare gli altri ambiti come sopra richiamati dall’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001 (aree

assimilabili alle zone omogenee A, “centri e nuclei storici consolidati”, “ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico”).

Come già rilevato, l’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001 prevede la possibilità di derogare al requisito della “fedeltà” per le ristrutturazioni mediante demolizione e ricostruzione nelle zone omogenee A e nelle aree ad esse assimilate sulla base di specifiche disposizioni contenute negli strumenti urbanistici, che possono essere riferite a determinati ambiti territoriali ovvero a particolari categorie di interventi di demolizione/ricostruzione (ad esempio quelle finalizzate alla rigenerazione urbana).

Per le zone omogenee A e gli altri ambiti territoriali ad esse equiparati, l’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001 ammette la deroga alla necessaria “fedeltà” anche in forza di apposite “previsioni legislative”. Al riguardo, nella circolare congiunta (Minn. Infrastrutture e P.A.) del 2 dicembre 2020 “Articolo 10 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Chiarimenti interpretativi” (7) viene precisato che la deroga in questione si applica per le modifiche alla preesistente struttura dell’edificio “imposte dalla normativa antisismica, energetica, sull’accessibilità, etc.”, nonché in presenza di “eventuali disposizioni di leggi regionali, che consentano, anche per le aree in questione, interventi di ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione anche con limiti meno stringenti di quelli individuati dall’art. 3 del testo unico per gli edifici vincolati ex d.lgs. n. 42/2004”.

## 2. La disciplina tra contraddittorietà e realismo.

L’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001 esibisce, peraltro, un aspetto di contraddittorietà tra due previsioni concernenti la ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione, prescrivendo il requisito della necessaria “fedeltà” per gli immobili siti “nei centri e nuclei storici consolidati e negli ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico” (ancorché non soggetti a vincolo culturale e/o paesaggistico), ma ammettendo la mancanza della “fedeltà” per gli interventi che interessano “i centri ed i nuclei storici” soggetti al vincolo paesaggistico di cui all’art. 136, lett. c), d.lgs. n. 42/2004.

Per superare l’incongruenza, può, tuttavia, ritenersi che, relativamente ai nuclei e centri storici sottoposti al vincolo paesaggistico, risulti prevalente la norma che esclude la “fedeltà”, essendo stata introdotta successivamente con l’ultima novella del 2022, ossia con la legge n. 91/2022) (8), assumendovi, oltretutto, carattere di specialità.

Il requisito della “fedeltà” può quindi essere circoscritto agli interventi riguardanti i nuclei e centri storici che non risultano sottoposti al vincolo paesaggistico di cui all’art. 136, lett. c), d.lgs. n. 42/2004. Peraltro, la distinzione nell’ambito degli interventi che interessano i nuclei e centri storici sembrerebbe priva di un’adeguata giustificazione, essendo probabilmente ascrivibile ad un difetto di coordinamento tra le varie disposizioni dell’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001.

In disparte il profilo di contraddittorietà sopra evidenziato, l’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001, con riferimento agli interventi di demolizione e ricostruzione dei beni vincolati dal d.lgs. n. 42/2004 risulta, però, opportunamente improntato all’esigenza di introdurre una disciplina differenziata a seconda delle diverse tipologie di beni soggetti al regime di tutela.

A questo proposito, è stata, infatti, prevista una distinzione tra gli immobili sottoposti a un vincolo “puntuale” (che interessa un singolo immobile: si pensi ai beni culturali) e quelli soggetti a un vincolo “diffuso” (che si estende, invece, su tutti gli immobili siti in un determinato ambito territoriale: tale è, ad esempio, la situazione delle bellezze panoramiche). Nel caso

dei vincoli “puntali”, la ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione continua a essere assoggettata al requisito della “fedeltà”; per contro, in presenza dei vincoli “diffusi”, non risulta prescritta la “fedeltà” della ricostruzione.

La normativa ha quindi ragionevolmente preso atto della circostanza che i territori interessati da un vincolo “diffuso” possono includere anche immobili che non sono necessariamente connotati da un peculiare pregio architettonico (o, addirittura, possono risultare anche di scarso livello qualitativo), sicché la loro ricostruzione con differenti caratteristiche (previo assenso dell’autorità ministeriale preposta alla tutela del vincolo) può avere un effetto migliorativo sull’assetto dell’area interessata (9).

## 3. I contrasti interpretativi precedenti alle novelle del 2022.

Le due novelle del 2022 hanno avuto, dunque, lo scopo di superare le incertezze e i rilievi critici scaturiti dalla precedente formulazione dell’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001.

Quest’ultimo, nel testo risultante dalla modifica apportata dal ricordato d.l. n. 76/2020, con riferimento a tutti gli immobili soggetti al vincolo - sia culturale sia paesaggistico - di cui al d.lgs. n. 42/2004, così disponeva: “gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove siano mantenuti sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell’edificio preesistente e non siano previsti incrementi di volumetria”. Disciplina, questa, che aveva dato luogo a difformità interpretative.

Il Consiglio Superiore dei Lavori, in un parere dell’11 agosto 2021, aveva ritenuto che la “fedeltà” della ricostruzione risultasse necessaria soltanto per i beni soggetti a vincolo culturale e non anche per i beni paesaggistici, nel senso che soltanto per i beni culturali “la tutela include anche la consistenza materiale del bene”, risultando, invece, estranea ai beni paesaggistici “privi di riconosciuto valore storico, artistico o architettonico intrinseco” (10).

Anche la Regione Liguria si era pronunciata in maniera analoga con nota del Settore Affari Giuridici del Territorio il precedente 12 marzo 2021 (11).

Successivamente (22 settembre 2021), il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (12), previamente consultato il Ministero della Cultura, ha ritenuto che l’art. 3 del d.p.r. n. 380/2001 in allora vigente (per effetto della menzionata novella del 2020) richiedesse la “fedeltà” ricostruzione per tutti gli interventi di ristrutturazione edilizia sugli immobili vincolati dal d.lgs. n. 42/2004, senza prevedere alcuna distinzione tra i beni culturali e quelli paesaggistici, dovendosi la norma sulla ricostruzione “fedele” applicare non solo agli “edifici aventi caratteri intrinseci di pregio architettonico” ma, più in generale, a tutti i fabbricati “ricadenti in ambiti tutelati, che potrebbero apparire privi di pregio” (13).

Se tale posizione ministeriale è sembrata maggiormente in linea con il tenore letterale della disposizione, essa ha condotto, però, sul piano applicativo, a conseguenze non sempre ragionevoli, dal momento che, come già accennato, nell’ambito dei vincoli “diffusi” che interessano i beni paesaggistici, la ricostruzione con differenti caratteristiche di un singolo fabbricato privo di particolare pregio può comportare un migliore inserimento nel contesto circostante.

Non sorprende, pertanto, che la questione abbia dato anche luogo a difformi opzioni interpretative sul piano giurisprudenziale (v. le sentenze T.A.R. Marche, 18/3/2022, n. 170 (14) e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-Bis, 28/3/2022, n. 3486 (15)).

#### 4. Le novelle del 2022 e l'applicabilità del cd. Superbonus.

Il quadro normativo sopra descritto in tema di ristrutturazione degli edifici vincolati riveste, in concreto, una particolare rilevanza con riferimento agli incentivi per l'efficienza energetica dei fabbricati introdotti dall'art. 119 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (conv., con modif., nella l. 17 luglio 2020, n. 77: c.d. Superbonus), preordinato a migliorare l'efficienza energetica dei fabbricati già esistenti e non riguardante, pertanto, gli interventi edilizi classificati nell'ambito della nuova costruzione.

Di conseguenza, per gli edifici oggetto di demolizione e ricostruzione "infedele", il Superbonus opera soltanto nell'ipotesi in cui i medesimi interventi rientrano nella ristrutturazione (immobili siti in zona paesaggistica tutelata per legge ex art. 142 del d.lgs. n. 142/2004; fabbricati sottoposti ai vincoli di cui all'art. 136, lett. c-d del medesimo d.lgs.). Al contrario, la ricostruzione con differenti caratteristiche preclude l'applicazione del Superbonus con riferimento agli immobili per i quali la ristrutturazione continua a essere subordinata al requisito della "fedeltà" (beni culturali disciplinati dalla parte II del d.lgs. n. 42/2004; ville e altri immobili di cui all'art. 136, lett. a-b; immobili siti nelle zone omogenee A e nelle aree ad esse assimilate (16)).

#### Note.

- (1) Per un inquadramento generale sul d.p.r. n. 380/2001, v. *Commentario breve alle leggi in materia di edilizia e urbanistica*, 2019, a cura di F.G. Ferrari e R. Ferrara; *Testo unico dell'edilizia*, 2015, a cura di M.A. Sandulli; G. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, 2014.
- (2) In merito al d.lgs. n. 42/2004, cfr. *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, 2019; S. Amoroso, *Introduzione al diritto del paesaggio*, 2010; R. Tamiozzo, *La Legislazione dei Beni Culturali e Paesaggistici*, 2009; *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, 2007.
- (3) V. l'art. 28 del d.l. n. 17/2022, come modificato dalla legge di conversione n. 34/2022.
- (4) Per rispettare il requisito della "fedeltà" dei beni vincolati, l'art. 3 del d.p.r. n. 380/2001 richiede che vengano mantenuti "sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente e non siano previsti incrementi di volumetria".
- (5) La zona omogenea A comprende gli "agglomerati urbani che rivestano carattere storico, artistico e di particolare pregio ambientale" nonché le "porzioni di essi, comprese le aree circostanti, che possono considerarsi parte integrante, per tali caratteristiche, degli agglomerati stessi".
- (6) V. l'art. 1, d.m. n. 1444/1968 e l'art. 41-*quinquies*, legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150.
- (7) V. la in [https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Circolare\\_edilizia\\_firmata.pdf](https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Circolare_edilizia_firmata.pdf).
- (8) Sul punto, si richiama il precedente paragrafo.
- (9) In ordine a questo aspetto, nella sentenza della Corte costituzionale 3 marzo 2021, n. 29 (<https://www.giurcost.org/decisioni/2021/0029s-21.html>) viene evidenziato che l'autorizzazione dell'autorità preposta alla tutela del vincolo rappresenta "la sede deputata al connesso bilanciamento degli interessi che insistono sul bene vincolato; bilanciamento il quale,

se e in quanto ontologicamente incompatibile con la logica meramente inibitoria, può concludersi con il rilascio dell'autorizzazione ogni qual volta gli interventi su detti beni non siano suscettibili di incidere sulla conservazione e sulla fruizione pubblica dei valori culturali, storici, ambientali e paesaggistici costituzionalmente tutelati".

(10) Nel Parere CSLLPP n. 7944 dell'11 agosto 2021 - Interventi di ristrutturazione edilizia in ambiti sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (reperibile, a es., in [https://www.geometri.ve.it/wp-content/uploads/2021/09/Parere-CSLLPP\\_7944\\_11-08-2021.pdf](https://www.geometri.ve.it/wp-content/uploads/2021/09/Parere-CSLLPP_7944_11-08-2021.pdf)) si è altresì sostenuto che "dovrebbero essere esclusi dall'applicazione estensiva del citato art. 3, comma 1, lett. d), del DPR 380/2001, i beni elencati all'art. 136 [del d.lgs. n. 42/2004] e quelli ricompresi nei Piani paesaggistici di cui all'art. 143 [del medesimo d.lgs.]. Un'interpretazione più restrittiva porterebbe ad escludere l'applicazione estensiva dell'art. 3, comma 1, lett. d), del DPR 380/2001".

(11) Nella nota in questione veniva affermato che la ricostruzione "fedele" era prescritta soltanto per gli edifici sottoposti a vincolo culturale e, nell'ambito dei beni paesaggistici, per le "cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale, singolarità geologica o memoria storica" nonché per le ville, giardini e parchi (v. l'art. 136, comma 1, lett. a-b, d.lgs. n. 42/2004).

(12) In sede di risposta all'interrogazione parlamentare a risposta immediata in Commissione 5-06704, presentata il 21/9/2021 nella seduta n. 568 della Camera dei Deputati (XVIII Legislatura).

(13) Nella risposta alla predetta interrogazione parlamentare, il Ministero aveva anche affermato che l'opzione interpretativa da esso sostenuta risultava coerente con le finalità della tutela paesaggistica, che "intende preservare la conformazione dello stato dei luoghi, salvaguardando il territorio da qualsiasi trasformazione che sia esteticamente percepibile e include, pertanto, anche gli interventi realizzati su edifici compresi in ambiti vincolati nel loro complesso" (quali i beni paesaggistici).

(14) In senso favorevole alla limitazione del requisito della "fedeltà" ai soli beni culturali, si veda la sentenza del T.A.R. Marche, 18/3/2022, n. 170, secondo cui è erroneo ritenere che la demolizione e ricostruzione con diverse caratteristiche "lede per definizione l'interesse paesaggistico. Al contrario [...], in molti casi la traslazione del manufatto all'interno del lotto risulta, dal punto di vista paesaggistico, non solo neutra ma addirittura preferibile (e questo è oggetto della valutazione ampiamente discrezionale che la Soprintendenza deve compiere ai sensi dell'art. 146 del Codice dei beni culturali)".

(15) La sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-Bis, 28/3/2022, n. 3486, aveva sostenuto che "il testo dell'art. 3, comma 1, lett. d) del d.p.r. n. 380/2001 - quale risultante per effetto delle modifiche apportate con il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020 - non consente di qualificare come "ristrutturazioni edilizie" [...] tutti quegli interventi che si propongono la demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con altri aventi sagome, prospetti, sedime e caratteristiche diversi laddove gli stessi abbiano ad oggetto immobili tutelati ai sensi del Codice dei beni culturali, senza che venga in rilievo - al fine di ritenere operativa la preclusione in esame - la sussistenza di un provvedimento di dichiarazione di interesse culturale o di notevole interesse pubblico avente specificamente ad oggetto il bene su cui ci si propone di intervenire".

(16) L'Agenzia delle Entrate, con circolare 23/6/2022, n. 237E (reperibile sul sito [www.agenziaentrate.gov.it](http://www.agenziaentrate.gov.it)), ha precisato che la medesima Agenzia "non interpreta la normativa edilizia, sicché alla stessa non può essere richiesta nessuna valutazione in merito alla qualificazione dell'intervento edilizio".

## Sezione di diritto tributario

# Massimario

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 9 marzo 2023, n. 191 - Pres. Cardino - Rel. Latti.

**ACCERTAMENTO - richiesta di esibizione di documenti - assenza di loro trasmissione - art. 32 d.p.r. n. 600/73 - loro disponibilità da parte dell'ufficio a prescindere dalla consegna da parte del contribuente - preclusione - inapplicabilità.**

**ACCERTAMENTO - crediti per R&S - compensazione - progetti agevolati - ufficio - contestazione - assenza di "innovazione" - prova di tale contestazione - onere in capo all'amministrazione - sussistenza.**

*La preclusione prevista dall'art. 32, d.p.r. n. 600/73, alla successiva utilizzazione in sede amministrativa e contenziosa dei documenti richiesti al contribuente e da questo non esibiti, non si applica non solo nel caso in cui il contribuente abbia dichiarato, all'atto della loro produzione in sede di giudizio, che l'inadempimento è avvenuto per causa a lui non imputabile e della cui prova è onerato, ma anche nel caso in cui l'Amministrazione abbia comunque avuto la disponibilità della documentazione richiesta prima dell'emissione dell'atto impositivo (nel caso di specie l'Ufficio aveva trasmesso al contribuente, via pec, un "invito" a produrre documenti a giustificazione della compensazione di crediti per R&S. Il contribuente non riscontrava tale pec per problemi informatici. Successivamente, a seguito della ricezione di un "avviso di garanzia", il contribuente, preso atto dell'avvenuto invio dell'"invito", trasmetteva alla Procura ed alla G.d.F. tutta la documentazione inerente la contestata compensazione dei crediti, documentazione che la G.d.F. trasmetteva a sua volta all'Ufficio prima che quest'ultimo emettesse l'atto di recupero. Inoltre, anche a seguito dell'emissione dell'atto di recupero, nell'ambito del procedimento di autotutela che ne è conseguito, il contribuente aveva fornito tutta la documentazione in tale sede richiesta dall'Amministrazione).*

*In tema di R&S, l'Amministrazione è tenuta a provare la contestata assenza di "innovazione" del progetto qualificato dal contribuente come "R&S", dovendo provare di aver effettuato una valutazione tecnica al fine di escludere la riconducibilità di tale progetto agli investimenti agevolabili previsti dall'art. 3, d.l. n. 145/2013 (tanto più se il contribuente, nella specie, ha fornito documentazione probatoria dell'attività svolta e delle specifiche tecniche dei lavori e dei risultati ottenuti con gli investimenti agevolati, anche attraverso l'ausilio di apposito parere tecnico del Politecnico di Torino).*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 14 marzo 2023, n. 198 - Pres. Canepa - Rel. Laurenzana.

**ACCERTAMENTO - accessi, ispezioni e verifiche - PVC - osservazione e documentazione - valutazione da parte dell'ufficio - obbligo - scadenza del termine di decadenza - mancata valutazione da parte dell'ufficio - contraddittorio - non si è verificato - conseguenza - illegittimità dell'accertamento emesso.**

*In sede di verifica fiscale, l'Amministrazione finanziaria ha l'obbligo di valutare la documentazione e le osservazioni formulate dal contribuente al PVC, pur senza esplicitare detta valutazione*

*nell'atto impositivo, onde evitare un concreto pregiudizio alle ragioni prospettate dall'accertato. Conseguentemente, è nullo l'accertamento quando l'Ufficio non abbia minimamente valutato la documentazione e la memoria prodotti dal contribuente (nella specie, mancanza espressamente riconosciuta dalla stessa Amministrazione) per la necessità di rispettare l'imminente scadere del potere impositivo, in quanto, così facendo, il contraddittorio non si è completamente svolto, a nulla rilevando la riserva dell'Ufficio di esaminare la documentazione e la memoria in una fase successiva all'emissione dell'accertamento.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di La Spezia, 20 marzo 2023, n. 14 - Pres. Failla - Rel. Ranaldi.

**ACCISE - imposta di consumo sul gas naturale - omesso pagamento - indennità di mora - sanzioni - natura - diversità - cumulabilità - ammissibilità.**

*Nel caso di omesso pagamento dell'imposta di consumo sul gas trovano applicazione sia l'art. 13 del d.lgs. n. 471/97, che prevede il pagamento di una somma a titolo di sanzione amministrativa, sia l'art. 3, n. 4, del d.lgs. n. 504 cit., che prevede un'indennità di mora dovuta per il ritardato pagamento, trattandosi di norme pienamente compatibili, che non realizzano un cumulo di sanzioni in ragione della loro diversità funzionale, afflittiva (con riferimento alla sanzione amministrativa) e reintegrativa del patrimonio leso (con riguardo all'indennità di mora ed agli interessi).*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 3 aprile 2023, n. 186 - Pres. Picozzi - Rel. Galletto.

**CONTRIBUTO UNIFICATO - istanza di rimborso - pluralità di annualità di imposta - diniego - impugnazione - contributo unificato - calcolo - valore complessivo dell'imposta chiesta a rimborso - esclusione - valore relativo a ciascuna annualità chiesta a rimborso - necessità.**

*Il provvedimento con cui è negato il rimborso di un tributo pagato per più anni reca una pretesa di natura composita in quanto verte sul diritto al rimborso di periodi di imposta tra loro distinti anno per anno, anche se derivanti da un'unica istanza di rimborso: periodi di imposta che, astrattamente, possono avere ciascuno una genesi diversa, perciò autonoma dalle altre e che devono, quindi, essere singolarmente deliberate dal giudice, che è chiamato a pronunciarsi sui vizi eccepiuti in relazione ad ognuna di esse. Pertanto, tenuto conto che il contribuente ben avrebbe potuto presentare istanza di rimborso per ogni singola annualità, nel caso in cui presenti un'unica istanza per più anni e quindi impugni il conseguente diniego, l'autonomia di ciascuna domanda, riferita a ciascuna annualità, giustifica l'applicazione del CUT individuale per ciascuna di esse non dovendolo quindi calcolare in relazione al valore dell'importo complessivamente chiesto a rimborso.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 3 aprile 2023, n. 200 - Pres. Soffio - Rel. Graziano.

**CONTRIBUTO UNIFICATO - intimazione di pagamento**

**- impugnazione - atti prodromici - eccezione - prescrizione del credito - ulteriore contributo unificato - atti prodromici - sussistenza.**

Qualora il contribuente impugni un'intimazione di pagamento eccedendo l'intervenuta prescrizione dei crediti tributari di cui agli atti prodromici (cartelle di pagamento ed accertamento), deve ritenersi che con tale motivo di ricorso il contribuente abbia inteso impugnare non soltanto l'intimazione di pagamento bensì anche gli atti impositivi (cartelle ed avviso di accertamento) ai quali l'intimazione si riferisce. Ciò in quanto eccipere l'intervenuta prescrizione equivale a contestare la pretesa impositiva la quale è collegata agli atti impositivi e non all'intimazione di pagamento, che è atto della riscossione. Conseguentemente, sarà dovuto un contributo unificato, oltre che per l'intimazione di pagamento impugnata, anche per ciascuno degli atti prodromici ai quali l'intimazione si riferisce.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 28 febbraio 2023, n. 154 - Pres. Canepa - Rel. Alassio.

**CONTROVERSIE CATASTALI - autostrade - concessionario - tettoia - utilizzo - situata fuori dal perimetro autostradale di pertinenza - categoria E/3 - esclusione.**

Alla tettoia chiusa e in muratura, realizzata dalla Società concessionaria del servizio autostradale, ed utilizzata per il ricovero di veicoli, sita al di fuori del perimetro autostradale di pertinenza, deve esser attribuita la categoria catastale C/2 in luogo di quella E/3. Ed Infatti, ai fini della rettifica catastale non rileva l'attuale ed effettivo utilizzo di tale tettoia, dovendo invece considerarsi le sue caratteristiche oggettive che, per natura e conformazione, nonché per la sua collocazione, possano anche solo potenzialmente renderla idonea ad utilizzi diversi (di carattere industriale o commerciale) rispetto a quello di manutenzione autostradale dichiarato (secondo la Corte, quindi, la circostanza che tale tettoia non sia situata sulla sede autostradale ma sia raggiungibile dalla viabilità ordinaria è un elemento che conferma la sua autonomia funzionale e reddituale, ancorché potenziale).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 24 aprile 2023, n. 253 - Pres. Baldini - Rel. Scanu.

**DAZI DOGANALI - importazione - Bangladesh - origine - contestazione - prove - circostanziate e puntuali - dogana - onere - incombenza.**

Nell'ipotesi in cui il recupero di dazi scaturisca da un'indagine internazionale (a seguito di un "avviso agli importatori") volta a contestare l'affermata origine di una merce, grava sull'Amministrazione l'onere di provare, con il supporto di elementi e circostanze puntuali ed a pena di illegittimità dell'atto, la diretta riferibilità delle "sospette" irregolarità alle singole importazioni accertate. Ciò vale a maggior ragione nel caso in cui l'esportatore si avvalga del sistema "REX" nell'ambito del Sistema delle Preferenze Generalizzate "SPG" (fattispecie in tema di esenzione daziaria per l'importazione di prodotti dal Bangladesh).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 31 maggio 2023, n. 318 - Pres. Fugacci - Rel. Vinciguerra.

**DAZI DOGANALI - royalties - importazioni - marchio - diritti di licenza - rilevanza ai fini del valore in dogana - condizioni - controllo del licenziante - esclusivamente sulla qualità del prodotto - imponibilità - esclusione.**

In tema di diritti doganali, ai fini della determinazione del valore in dogana di prodotti che siano stati fabbricati in base a modelli e con marchi oggetto di contratto di licenza e che siano importati dalla licenziataria, il corrispettivo dei diritti di licenza va aggiunto al valore di transazione qualora il titolare dei diritti immateriali sia dotato di poteri di controllo sulla scelta del produttore e sulla sua attività e sia il destinatario dei corrispettivi dei diritti di licenza. Conseguentemente, se dall'esame del contratto di licenza risultasse che il controllo del licenziante riguarda unicamente la qualità del "prodotto" e non il "produttore", le royalties non sarebbero da ritenersi sottoposte a dazio.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 24 marzo 2023, n. 51 - Pres. e Rel. Bracco.

**IMU - abitazione principale - pertinenze - esenzione - regolamento locale - categoria catastale C/2 - limitazione - illegittimità.**

Il regolamento comunale non può limitare le esenzioni previste normativamente; pertanto, a fronte della previsione IMU che estende l'esenzione prevista per l'abitazione principale anche alle relative pertinenze catastalmente classificate in categoria C/2, alla quale sono riconducibili i "magazzini" e "locali di deposito", il regolamento comunale, ai fini della fruizione di tale esenzione, non può specificare che la pertinenza in categoria C/2 deve necessariamente avere la caratteristica di "soffitta" o "cantina".

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 29 giugno 2023, n. 88 - Pres. Bracco - Rel. Burlo.

**IMPOSTA SULLA PUBBLICITÀ - cabine per fototessere - immagini - messaggio pubblicitario - insegna - dimensioni inferiori a 5 metri quadri - rilevanza - esenzione.**

Non sono soggette all'imposta di pubblicità le cabine ove sono realizzate fotografie in modo automatico se le immagini su di esse apposte sono di dimensioni inferiori a 5 metri quadrati in quanto all'interno di tale limite dimensionale non è possibile distinguere uno scopo pubblicitario dalla funzione propria dell'insegna.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 14 marzo 2023, n. 204 - Pres. Caputo - Rel. Caputo.

**IRES - società "non operative" - ricavi minimi - mancato raggiungimento - primo anno di attività - attività alberghiera - complesso immobiliare in costruzione - disciplina - non si applica.**

Ai fini dell'applicazione della disciplina delle società "non operative" il mancato raggiungimento dei ricavi minimi nel primo anno di attività, tenuto conto delle caratteristiche del caso di specie che devono essere documentate dal contribuente, costituisce un impedimento oggettivo che consente la disapplicazione di tale normativa (nella specie, si trattava di attività alberghiera svolta in zona senza alcuna vocazione turistica, per lo svolgimento della quale il complesso immobiliare era ancora in costruzione).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 23 marzo 2023, n. 221 - Pres. Piombo - Rel. Assandri.

**IRES - società "non operative" - diniego di interpello - impugnazione - inammissibilità - giudicato - avviso bo-**

**nario - impugnazione - stesse ragioni sostanziali - preclusione - insussistenza.**

*In tema di società "non operative" il giudicato formatosi sulla inammissibilità del ricorso avverso il diniego di interpello non preclude al contribuente la possibilità di impugnare il successivo avviso bonario con il quale gli siano richieste le imposte dovute a seguito della sua qualificazione come società non operativa, pur se tale impugnazione è fondata sulle stesse ragioni (afferenti la non applicabilità del regime di che trattasi) già sollevate nel precedente ricorso proposto avverso il diniego di interpello.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 9 giugno 2023, n. 90 - Pres. Gatto - Rel. Vipiana.

**IRES - perdite su crediti - deduzione - fallimento - art. 105 TUIR - disciplina.****IVA - cessione intracomunitaria - franco fabbrica - dimostrazione consegna della merce al cliente estero - assenza di CMR - prove alternative - dichiarazione del cliente - necessità.**

*In materia di perdite su crediti, ove il debitore sia assoggettato a procedure concorsuali (per esempio, ove ne sia stato dichiarato il fallimento), la deduzione della perdita su crediti è ammessa, ai sensi dell'art. 101, comma 5, t.u.i.r. — da interpretare alla luce del successivo comma 5-bis, introdotto dall'art. 13, comma 1, lett. d), d.lgs. 14 settembre 2015, n. 147 (c.d. Decreto internazionale) — e del comma 3, dell'art. 13, cit., in tema di svalutazione contabile dei crediti, anche con riferimento agli esercizi anteriori al 2015, nel periodo di imputazione a bilancio, entro la "finestra temporale" che va dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento al periodo d'imposta in cui, secondo la corretta applicazione dei principi contabili, si deve procedere alla cancellazione del credito dal bilancio. Pertanto, considerato che ai sensi comma 5 dell'art. 101 Tuir il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale "dalla data" della sentenza dichiarativa di fallimento e considerato che l'espressione "dalla data" non significa "alla data", deve ritenersi legittimo il comportamento della contribuente che ha atteso, per effettuare le deduzioni sulle perdite, il momento in cui è venuta a conoscenza che i suoi crediti erano ormai del tutto irrecuperabili in sede di procedura fallimentare.*

*In materia di cessioni intracomunitarie, nel caso in cui venditore non si occupi direttamente del trasporto all'estero della merce e sia privo del CMR, può "essere accettata quale valido prova della cessione intracomunitaria una dichiarazione inviata dalla controparte contrattuale destinataria della merce che attesti che la stessa è effettivamente pervenuta a destinazione nello Stato membro.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di La Spezia, 9 maggio 2023, n. 49 - Pres. Caporuscio - Rel. Molino.

**IRPEF - redditi fondiari - contratto di locazione - risoluzione anticipata - registrazione tardiva - dichiarazione del reddito - obbligo - esclusione.**

*Se alla risoluzione anticipata di un contratto di affitto, seppure non tempestivamente dichiarata all'Amministrazione in quanto oggetto di una registrazione tardiva, si accompagna l'effettiva liberazione dell'immobile, il locatore non è tenuto a dichiarare un reddito che non ha percepito (ed a versare le relative imposte) e cioè indipendentemente dal fatto che in tale immobile siano rimaste delle utenze allacciate.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 17 marzo 2023, n. 207 - Pres. Canepa - Rel. Alassio.

**IRPEF - accertamento - contratto di locazione - canone - sua riduzione - scrittura privata - registrazione - assenza - obbligatorietà - esclusione - data certa - altri elementi.**

*La scrittura privata di riduzione del canone di locazione non deve essere registrata, potendo ricavarsi la sua "data certa" da altri elementi, quali gli estratti conti corrente, che consentano di stabilire in modo ugualmente certo l'antiorità della formazione del documento.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di La Spezia, 27 aprile 2023, n. 40 - Pres. Failla - Rel. Sgambati.

**PROCESSO TRIBUTARIO - cartella di pagamento - società di persone - estinzione - notificazione - ex Presidente - sua impugnazione - domanda di accertamento negativo - inammissibilità.**

*E' inammissibile il ricorso che l'ex Presidente di una Snc estinta ha proposto avverso una cartella di pagamento indirizzata alla Società ed a lui notificata, volto a far dichiarare che nessuna somma è dallo stesso Presidente dovuta "in proprio". Trattasi infatti di domanda di accertamento negativo inammissibile, rivolta avverso un atto indirizzato ad un distinto soggetto giuridico (la Società), seppure cessato, per debiti unicamente riferibili a tale Società.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 23 maggio 2023, n. 311 - Pres. Di Napoli - Rel. Parentini.

**PROCESSO TRIBUTARIO - cartella di pagamento - contributi pubblici - l. n. 598/1994 - revoca - impugnazione - giurisdizione tributaria - esclusione.**

*L'impugnazione della cartella di pagamento con cui sono revocati contributi pubblici (quali, nella specie, il contributo concesso ai sensi della L. n. 598/94 in materia di investimenti per l'innovazione tecnologica, la tutela ambientale, l'innovazione organizzativa e commerciale, la sicurezza sui luoghi di lavoro) non costituisce materia appartenente alla giurisdizione tributaria. In particolare, al fine di definire l'appartenenza alla giurisdizione ordinaria o amministrativa occorre esaminare la situazione soggettiva azionata in giudizio posto che sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il quomodo dell'erogazione e qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato (essendo invece configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempimenti del beneficiario).*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 4 aprile 2023, n. 201 - Pres. Di Napoli - Rel. Parentini.

**RISCOSSIONE - fermo amministrativo - comunicazione preventiva - autoveicolo - contribuente - avvocato - natura strumentale - sussiste - misura cautelare - inapplicabilità.**

*Ai fini di escludere dall'applicazione del fermo amministrativo di cui all'art. 86, D.P.R. n. 602/1973, i "beni strumentali" del contribuente (nella specie, un avvocato), occorre rilevare che il "bene strumentale" non è solo quello essenziale per lo svolgimento della attività ma anche quello che ne assicura un più efficiente e proficuo esercizio. Conseguentemente, nel caso in cui tale misura abbia ad oggetto l'autoveicolo di un avvocato, pur non potendosi ritenere il suo possesso essenziale per lo svolgimento dell'attività forense è però innegabile che, nella misura in cui l'autoveicolo viene normalmente utilizzato dall'avvocato per gli spostamenti richiesti dalla sua attività professionale giudiziale e stragiudiziale, esso ben possa assumere una valenza strumentale idonea a sottrarlo alla misura di cui all'art. 86 citato. In tal senso, l'inserimento dell'unico veicolo di proprietà dell'avvocato tra i cespiti ammortizzabili costituisce prova indiziaria sufficiente e adeguata della sua natura "strumentale".*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 2 maggio 2023, n. 272 - Pres. e Rel. Goso.

**RISCOSSIONE - società di persone - estinzione - cartella di pagamento - notificazione - ai soci - necessità.**

**RISCOSSIONE - società di persone - estinzione - differimento quinquennale - D.Lgs. 175/2014 - applicazione - retroattività - esclusione.**

*In tema di riscossione dei debiti tributari di società di persone estinte a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, è consentita l'applicazione analogica del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 65, comma 4, in presenza delle condizioni ivi previste, ma la notifica della cartella di pagamento, da compiersi presso la sede sociale, deve essere effettuata ai soci, sia pure collettivamente ed impersonalmente indicati, e non alla società che, non essendo più esistente, non può essere più parte di alcun rapporto tributario.*

*L'art. 28, comma 4, del D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175, che prevede il differimento quinquennale degli effetti dell'estinzione della società, è norma avente natura sostanziale. Pertanto, tale disposizione non ha efficacia retroattiva, operando nei casi in cui la richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese sia stata presentata nella sua vigenza, ossia a partire dal 13 dicembre 2014.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 26 giugno 2023, n. 106 - Pres. Zerilli - Rel. Donvito.

**RISCOSSIONE - cartella di pagamento - notificazione - trust - notificazione in persona del trustee - legittimità - esclusione.**

*È illegittima la cartella di pagamento notificata al trust, anche se in persona del trustee, in quanto è solo quest'ultimo - e non il primo - ad essere l'unico soggetto che nei rapporti con i terzi, tra i quali la pubblica amministrazione, è titolare dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 6 marzo 2023, n. 39 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo.

**TARI - specchi d'acqua - tassazione - delibera - stabilimenti balneari - assimilazione - motivazione - necessità.**

*Lo specchio d'acqua portuale non può essere automaticamente assoggettato a TARI con le tariffe previste per gli stabilimenti balneari, essendo necessario, stante le differenze che caratterizzano queste due tipologie di "superfici", che la relativa delibera espliciti gli elementi valutativi in forza dei quali è stata disposta tale "assimilazione".*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 14 aprile 2023, n. 222 - Pres. Di Napoli - Rel. Grasso.

**TARI - superfici destinate allo svolgimento di attività commerciale - rifiuti di imballaggio terziari - produzione - via continuativa - imposizione - esclusione.**

*Sono escluse da TARI le superfici sulle quali, nell'ambito dello svolgimento di un'attività commerciale, sono prodotti in via continuativa rifiuti di imballaggio terziari. Ed infatti, trattandosi di rifiuti il cui smaltimento è interamente a carico dei loro produttori, è onere del Comune dimostrare, per poter assoggettare a TARI tali superfici, che su le stesse si producono invece rifiuti urbani o ad essi assimilati.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 22 maggio 2023, n. 73 - Pres. e Rel. Stolfi.

**TARI - immobile - non occupato - presupposto - regolamento comunale - sua mancata utilizzazione e sua mancata utilizzabilità - esclusione dal pagamento - sussistenza di entrambe le condizioni - necessità.**

*Il contribuente che intenda sottrarsi al pagamento della TARI in relazione ad un immobile sgombro (per la cessata locazione) ed in attesa della sua vendita, deve dimostrare che esso era, allo stesso tempo, inutilizzato ed inutilizzabile. Ed infatti, la sola mancata utilizzazione dell'immobile non vale, da sola, a sottrarlo al pagamento del tributo potendo questo, astrattamente, esser comunque idoneo alla produzione di rifiuti. Inoltre, per sottrarsi al pagamento del tributo, tali circostanze devono essere debitamente dichiarate all'Amministrazione comunale.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 17 febbraio 2023, n. 134 - Pres. Varalli - Rel. Chiti.

**TOSAP - viadotto autostradale - società concessionaria - beni appartenenti allo Stato ed altri enti - esenzione - applicabilità - esclusione.**

*In tema di tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (TOSAP), l'esenzione prevista per lo Stato e gli altri enti dal D.Lgs. n. 507 del 1993, art. 49, comma 1, lett. a), postula che l'occupazione, quale presupposto del tributo, sia ascrivibile al soggetto esente, sicché, nel caso di occupazione di spazi rientranti nel demanio o nel patrimonio indisponibile dello Stato da parte di una società concessionaria per la realizzazione e la gestione di un'opera pubblica (nella specie, un tratto di rete autostradale inclusiva di un viadotto sopraelevato), alla stessa non spetta l'esenzione in quanto è questa ad eseguire la costruzione dell'opera e la sua gestione economica e funzionale, a nulla rilevando che l'opera sia di proprietà dello Stato, al quale ritornerà la gestione al termine della concessione.*

## Sezione di diritto penale

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Savona, sez. pen., 9 maggio 2023, n. 710 - Giudice Amerio.

### **PREDIBATTIMENTALE – art. 544-ter c.p.p. – nuova regola di giudizio.**

(Artt. 544-ter, 552 c.p.p.)

### **PREDIBATTIMENTALE – art. 544-ter c.p.p. – nuova regola di giudizio – conclusione delle parti.**

(Artt. 491, 544-bis, 544-ter c.p.p.)

*Affinché la nuova udienza predibattimentale non si riveli una semplice imitazione dell'udienza preliminare, con il solo effetto di aggravare proceduralmente anche i giudizi più snelli, introdotti con citazione diretta ex art. 552 c.p.p., è richiesto un diverso approccio valutativo da parte del giudice del filtro: se il parametro per il passaggio al dibattimento è davvero quello della “ragionevole previsione di condanna” (art. 544-ter, co. 1, c.p.p.), occorrerà una delibazione rigorosa degli atti investigativi e una prognosi seria sull'elevata probabilità che gli stessi, laddove confermati e non smentiti da sopravvenienze probatorie contrarie in dibattimento, conducano all'affermazione di responsabilità dell'imputato in ordine all'imputazione cristallizzata nell'udienza predibattimentale.*

*Pur nel silenzio del dato normativo – l'art. 544-bis, co. 3, c.p.p. si limita a prevedere il coinvolgimento delle parti solo per sollevare le questioni di cui all'art. 491, co. 1 e 2, c.p.p. –, il giudice monocratico dell'udienza predibattimentale ha invitato le parti a concludere, in analogia con la disciplina dell'udienza preliminare. Nel caso di specie, la difesa ha chiesto la pronuncia della sentenza ex art. 544-ter c.p.p. per non aver commesso il fatto, il pubblico ministero si è opposto ed ha insistito per la richiesta di prosecuzione dell'azione penale con rinvio degli atti al giudice del dibattimentale.*

(...Omissis...)

#### **In fatto e in diritto.**

Con decreto ritualmente nodificato, il P.M. in sede citava l'imputato \_\_ innanzi a questo Tribunale in composizione monocratica per rispondere del reato a lui ascritto in epigrafe.

Compiute le formalità preliminari all'apertura del dibattimento, le parti formulavano le rispettive richieste ex art. 544 ter c.p.p., come sopra riportate, ed il Giudice ha pronunciato sentenza dando lettura del dispositivo.

Gli elementi desumibili dalla lettura degli atti del fascicolo delle indagini preliminari non consentano una ragionevole previsione di condanna dal momento che i profili indiziari a carico del predetto non appaiono gravi, precisi e concordanti limitandosi, in sostanza, alla sola presenza sul luogo teatro del danneggiamento ed a dichiarazioni (rese senza l'assistenza di un difensore e sotto la “formula” delle spontanee dichiarazioni), a detta degli investigatori, prive di solidità logica.

#### **Il fatto.**

\_\_ sporgeva querela in data 9.7.2022 nanti ai CC della stazione di Carcare lamentando “di essere proprietaria dell'autovettura VW Polo di colore nero targata \_\_ e di aver

parcheggiato nella stessa mattinata, alle ore 05:45, a Carcare in \_\_”; al suo ritorno ossia alle ore 07:42, si accorgeva che ignoti “avevano asportato dalla autovettura, i due specchietti retrovisori”; precisando di non essere assicurata contro tale eventi e sporgendo querela contro i responsabili esternava, in quella prima fase, come non avesse alcun sospetto su alcuno. Dopo di che la donna si ripresentava in caserma per rappresentare che al suo ritorno a casa in compagnia del fratello aveva intercettato il suo ex-compagno (\_\_ appunto) che dopo la fine della loro relazione era tornato a vivere in \_\_, suo paese d'origine, e tale dato l'aveva insospettita anche perchè le aveva riferito che era a conoscenza dell'intenzione di due giovani (di cui non forniva le generalità) di danneggiare la sua vettura; a questo punto allertava una pattuglia che intervenendo accompagnava il \_\_ in stazione ove lo stesso avrebbe rilasciato dichiarazioni spontanee ritenute illogiche e indiziarie.

\_\_ riferiva infatti di essere rientrato nella provincia di Savona per una visita medica ma non aveva con sé alcun documento o certificato; avrebbe inoltre stentato a parlare oltre ad avere con sé una confezione di diavolina che veniva contestualmente sequestrata (ma che non presenta nessuna conferenza con la sottrazione dei due specchietti).

In specie l'imputato premettendo di essere l'ex compagno della \_\_ con la quale aveva convissuto per circa un anno fino al 03/03/2022, confermava che, a seguito di divergenze caratteriali, aveva deciso di tornare al proprio paese di origine sito a \_\_; il predetto chiariva che le ragioni del contrasto che avevano portato alla rottura del legame erano insiti nei suoi problemi di salute; specificamente in data 08/07/2022 alle ore 16:30/17:00 circa mentre si trovava al Bar \_\_ in \_\_ unitamente ad un mio amico, perveniva all'utenza cellulare di quest'ultimo una telefonata ove lo informavano dell'intenzione di voler rubare e bruciare l'autovettura della sua ex compagna \_\_ per fare un dispetto a lui in quanto, “anche se l'autovettura \_\_ risultava intestata a \_\_, di fatto l'aveva comprata lui prima di regalarla alla donna”; il suo amico, identificato in tale \_\_, pur non chiarendo chi fosse l'interlocutore della conversazione gli riferiva che erano due ragazzi di \_\_ che lavoravano a Carcare; tanto premesso e visto che in data 17/05/2022 gli era stata diagnosticata a \_\_ una “minuta formazione angiomatosa” al cervello, per tale motivo in data 08/07/2022 aveva preso un aereo da \_\_ per eseguire accertamenti sanitari presso l'Ospedale di Savona; in pratica dopo essere arrivato in Liguria prendeva l'autobus da Savona per dirigersi a Carcare ove giungeva ore 07:45 circa; “li andava a fare colazione al bar Agorà e successivamente si fermava nei pressi di piazza Calasanzio aspettando di incontrare i ragazzi in questione” (sospettava che si potessero trattare di giovani addetti alla manutenzione del tratto autostradale); a quel punto incontrava “\_\_ accompagnata dal fratello \_\_ che avevano dubitato della sua responsabilità”; infine era arrivata la pattuglia dei Carabinieri e lo avevano condotto in caserma.

Se queste sono le dichiarazioni rese dal predetto, occorre su-

bito evidenziare, che uno dei presidi delle contraddittorietà espositive valorizzate dai militari riposi su dati di mera suggestione perchè mai il \_\_ ha parlato di aver acquistato una confezione di diavolina per incendiare l'auto dei suoi antagonisti e che sperava di incontrare quella mattina.

Quanto alle condizioni descritte sempre dai militari in ordine alle condizioni del \_\_ durante le sue dichiarazioni, le stesse paiono sostanzialmente neutre in quanto l'uomo dopo un viaggio in aereo nelle prime ore del mattino, un lungo viaggio in autobus, preoccupato anche per le sue condizioni di salute, si trovava (lui che è un soggetto incensurato e non ha mai dato adito a segnalazioni di qualsiasi tipo) accompagnato in caserma perchè trovato a Carcare e neanche nei pressi dell'auto vandalizzata.

Altro dato che contrasta con la tesi della pubblica accusa insiste sull'assenza di movente: la stessa parte lesa riferisce non solo che non erano mai insorti problemi relazionali e/o connotati da una sua aggressività ("non mi ha mai mancato di rispetto"), fosse solo sul piano verbale, ma che l'ex-compagno, anche dopo la separazione, l'aveva continuata ad aiutare economicamente ("ogni tanto mi inviava dei soldi per l'affitto").

### Conclusioni.

Tanto premesso va ricordato come il reato di danneggiamento di cui all'art. 635 c.p. sussiste quando, con una delle condotte (distruzione, dispersione ecc.) tassativamente descritte dalla norma, si opera una modificazione strutturale o funzionale della "res", oppure se ne determina un deterioramento di una certa consistenza, oppure, ancora, se ne determina un cambiamento di destinazione (cfr. Cassazione penale sez. V 31 maggio 2007 n. 33049).

Questi arresti interpretativi sono stati sviluppati, con riguardo alla particolare forma del deterioramento dell'oggetto materiale del reato (cfr. Sez. 2, n. 4229 del 31.1.2005, imp. Raiola, Rv. 230700), affermando che sussiste danneggiamento laddove il bene sia pregiudicato non solo nella sua funzionalità, ma anche nella sua dimensione strutturale (e quest'ultima comprende il valore della cosa, la cui diminuzione in misura apprezzabile integra un deterioramento penalmente rilevante anche a prescindere dall'essere o meno impedita o limitata l'utilizzazione pratica della cosa stessa, aspetto alternativo e non essenziale della lesività tipica del reato; vedasi pure Sez. 2, n. 28793 del 16.6.2005, imp. Cazzulo, Rv. 232006).

E' pertanto di tutta evidenza che, nel caso di specie, se sussiste la violazione de quo il panorama probatorio non permette di formulare una ragionevole previsione di condanna sotto l'ambito della riferibilità soggettiva.

In specie considerata la nuova portata dell'art. 554 ter c.p.p. che conferisce al giudice dibattimentale la possibilità di pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentano una ragionevole previsione di condanna si deve dunque pervenire ad una pronuncia di ndp per non aver commesso il fatto.

Al riguardo, affinché la nuova udienza predibattimentale non si riveli una semplice imitazione dell'udienza preliminare, con il solo effetto di aggravate proceduralmente anche i giudizi più snelli, introdotti con citazione diretta ex art. 552 c.p.p., è richiesto un diverso approccio valutativo da parte del giudice del filtro: se il parametro per il passaggio al dibattimento è davvero divenuto quello della "ragionevole previsione di condanna" (art. 554 ter comma 1 c.p.p.), occorrerà una delibazione rigorosa degli atti investigativi e una prognosi seria sull'elevata probabilità che gli stessi, laddove confermati e non smentiti da sopravvenienze probatorie contrarie in dibattimento, conducano all'affermazione di responsabilità dell'imputato in ordine all'imputazione cristallizzata nell'udienza predibattimentale.

Pertanto qualora una tale previsione di condanna non sia ragionevolmente probabile, nonchè nelle ipotesi in cui il giudice ravvisi, anche nei soli elementi a carico raccolti dal P.M., motivi per un proscioglimento in rito o in merito, dovrà adottarsi tale formula.

Nel caso di interesse come già anticipato la sola presenza dell'imputato a Carcare in un orario compatibile con il danneggiamento oppure dichiarazioni rese senza l'assistenza di un difensore in un momento di verosimile confusione (dichiarazioni peraltro che introducono premesse narrative della sua presenza a Carcare non smentite a priori), rappresentano elementi inidonei a consentire la preclusione valutativa che precede, anche perchè, anche estrapolando i filmati di varie aree interessate del paese di Carcare non si evince in alcun modo un ruolo attivo del predetto nell'azione di danneggiamento (che come più volte ribadito non troverebbe giustificazioni perchè le parti non avevano rapporti conflittuali ed anzi l'uomo aiutava ancora economicamente l'ex-compagna).

### P.Q.M.

visti gli artt 425 e 544 ter c.p.p.;

### dichiara

di ndp nei confronti di \_\_, in ordine al reato a lui ascritto per non aver commesso fatto.

# Massimario

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 17 aprile 2023, n. 770 - Giudice Buffoni.

## **ASSENZA - 420-quater c.p.p. - elezione di domicilio.**

(Artt. 159, 420-ter, 420-quater c.p.p.)

*In ipotesi di imputato domiciliato presso il difensore ai sensi dell'art. 159 c.p.p., laddove questi non compaia in udienza senza addurre alcun impedimento ex art. 420-ter c.p.p. e non sussistano le condizioni per procedere in sua assenza, deve essere pronunciata sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato se non è possibile individuare elementi utili che lascino presagire un suo imminente rintraccio a seguito delle ricerche effettuate.*

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 16 febbraio 2023, n. 336 - Giudice Buffoni.

## **ASSENZA - 420-quater c.p.p. - nomina del difensore di fiducia ed elezione di domicilio.**

(Artt. 161, 196, 420-quater c.p.p.)

*Il giudice dell'udienza preliminare, pur a fronte della nomina fiduciaria e dell'elezione di domicilio presso lo studio del difensore, dichiarava ugualmente non doversi procedere nei confronti dell'imputato per mancata conoscenza della pendenza processuale. A differenza della previgente disciplina di cui alla l. 67/2014, dove la nomina a difensore di fiducia e la dichiarazione o elezione di domicilio assurgevano a indici sintomatici ex lege di conoscenza del procedimento, la novellata normativa individua la nomina del difensore di fiducia quale mero elemento di cui il giudice deve tener conto per poter ritenere provata la conoscenza del processuale da parte dell'imputato.*

Tribunale di Genova, sez. I pen., 7 marzo 2023, n. 905 - Giudice Crucioi.

## **ASSENZA - art. 420-quater c.p.p. - prescrizione - successione di leggi penale nel tempo - disciplina più favorevole.**

(Artt. 157, 159 c.p., l. 67/2014, l. 134/2021)

*La sospensione delle prescrizione conseguente alla sospensione del processo per assenza dell'imputato è stata assoggettata a tre diversi regimi normativi: quello di cui alla l. 47/2014; successivamente, quello di cui alla l. 134/2021, che pareva prevedere un'interruzione sine die; infine, quello di cui al d.lgs. 150/2022, che prevede la sospensione per un tempo pari al doppio dei termini di cui all'art. 157 c.p. Posta la pacifica natura sostanziale della prescrizione, è fuor di dubbio che la disciplina successiva alla l. 134/2021 e antecedente al d.lgs. 150/2022, essendo quella più sfavorevole per l'imputato, non possa trovare applicazione. Così: per i reati commessi dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 troverà applicazione esclusivamente la nuova disciplina; per i reati commessi tra detto d.lgs. e la legge 134/2021 si applicherà retroattivamente la disciplina del d.lgs. 150/2022; per i reati commessi prima dell'entrata in vigore della l. 134/2021 dovrà applicarsi la disciplina più favorevole tra quella prevista da tale legge e quella di cui al d.lgs. 150/2022, a seconda della tipologia dell'eventuale recidiva contestata all'imputato.*

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 17 aprile 2023, n. 770 - Giudice Buffoni.

## **ASSENZA - art. 420-quater - prescrizione - successione di leggi penale nel tempo - disciplina più favorevole.**

(Artt. 157, 159, 161 c.p., 420-quater, co. 2, lett. e), c.p.p., 81 cpv., 110 c.p.; art. 73 D.P.R. 309/90)

*Ai fini del calcolo della prescrizione, si segue il criterio della disciplina più favorevole al reo tra quella prevista dal previgente combinato disposto degli artt. 157, 159, ultimo comma e 161, co. 2 c.p. (per fatti antecedenti alla legge 134/2021) e quella introdotta con il d.lgs. 150/2022, tenuto conto dell'eventuale recidiva contestata e dell'ultimo atto interruttivo. Nel caso di specie, trattandosi di reato continuato in materia di stupefacenti con ultimo evento consumativo nel 2017, si considera più favorevole la disciplina precedente alla "Riforma Cartabia".*

Tribunale di Genova, sez. I pen., 9 maggio 2023, n. 1961 - Giudice Rizzo.

## **ASSENZA - art. 420-quater - prescrizione - successione di leggi penale nel tempo - disciplina più favorevole.**

(Artt. 157, 159 c.p., l. 67/2014, l. 134/2021)

*A seguito della modifica dell'art. 420-quater c.p.p., deve pronunciarsi sentenza di non luogo a procedere una volta accertata la mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato assente, non rintracciato e nei confronti del quale è stata disposta la sospensione del processo. Con la precisazione che le ricerche debbano proseguire sino alla maturazione del termine prescrizione. Nel caso di specie, per reati commessi prima del 18.10.2022 - data in cui l'abrogazione dell'ultimo comma dell'art 159 c.p. ha comportato l'espansione dei termini di sospensione della prescrizione, ora coincidenti con il doppio di quanto previsto dall'art 157 c.p. - ma giudicati successivamente, deve applicarsi, in quanto più favorevole per l'imputato, la precedente disciplina.*

Corte di Assise di Genova, 27 febbraio 2023, n. 1 - Rel. Cusatti.

## **ASSENZA - 420-quater c.p.p. - pronuncia de plano.**

(Artt. 420-quater c.p., 546 c.p.p.)

*La Corte di Assise di Genova, in un processo la cui prima udienza dibattimentale si celebrava nel 2012, e per il quale, con l'entrata in vigore della disciplina sull'assenza di cui alla l. 67/2014, era stata disposta la sospensione del processo, non risultando con certezza l'effettiva condizione di latitante dell'imputato, ha ritenuto che la nuova disciplina dell'assenza, introdotta con la riforma Cartabia, non imponga l'instaurazione del contraddittorio, sicché la pronuncia ai sensi dell'art. 420-quater c.p.p. può essere emessa de plano. In motivazione, veniva precisato che l'art. 420-quater c.p.p. non richiama, tra i requisiti contenutistici della sentenza, le conclusioni rassegnate dalle parti (art. 546, co. 1, c.p.p.)*

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 7 giugno 2023, n. 1157 - Giudice Catalano.

**PENE sostitutive - detenzione domiciliare sostitutiva - applicazione della pena su richiesta delle parti - reati in materia di stupefacenti.**

(Artt. 20-bis c.p., 53 e 56 l. 69/81, 444 c.p.p., 73 D.P.R. 309/90)

*In tema di detenzione illecita di sostanze stupefacenti, ex art. 73, co. 1, D.P.R. 309/90, l'applicazione, a norma dell'art. 444 c.p.p. della pena sostitutiva della detenzione domiciliare può ritenersi congrua, nonostante la riconosciuta pericolosità dell'imputato - desunta dalla gravità della condotta e dai precedenti di polizia specifici - in ragione dell'idoneità delle relative prescrizioni a contenere la pericolosità stessa, nonché delle prospettive di risocializzazione ravvisabili nel caso concreto (fattispecie nella quale l'imputato disponeva di un domicilio, ove si trovava sottoposto alla misura di cui all'art. 284 c.p.p. con bracciale elettronico, e aveva intrapreso un percorso di studi universitario).*

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 6 giugno 2023, n. 1168 - Giudice Orsini.

**PENE sostitutive - pena pecuniaria sostitutiva - applicazione della pena su richiesta delle parti - valore giornaliero - rateizzazione.**

(Artt. 20-bis e 133-ter c.p., 53 e 56-quater l. 24 novembre 1981, n. 69, 444 c.p.p.)

*In sede di applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444 c.p.p.), la pena detentiva, pari a 8 mesi di arresto, per effetto del d.lgs. n. 150 del 2022, può essere sostituita con la pena pecuniaria. Tenuto conto delle condizioni economiche assolutamente precarie dell'imputato, è possibile determinare l'ammontare di quest'ultima individuandone il valore giornaliero, ex art. 56-quater c.p.p., nella somma di 50 euro, nonché disporre una congrua rateizzazione, ex art. 133-ter c.p. (fattispecie nella quale la pena dell'arresto della durata di 8 mesi, irrogata per la contravvenzione prevista dall'art. 699 cpv. c.p.p., è stata sostituita con l'ammenda pari a 1.200 euro, della quale è stata disposta la rateizzazione in 24 rate da 50 euro ciascuna).*

Tribunale di Genova, sez. III pen., in funzione di Giudice dell'esecuzione, ordinanza 18 aprile 2023 - Giudice Cusatti.

**PENE sostitutive - sentenza irrevocabile - disposizioni transitorie - applicazione da parte del giudice dell'esecuzione.**

(Artt. 95 d.lgs. 150/2022, 56-quater l. 698/1981)

*Il Tribunale di Genova, in funzione di giudice dell'esecuzione, in applicazione delle disposizioni transitorie in materia di "pene sostitutive delle pene detentive brevi", contenute nell'art. 95, d.lgs. 150/2022, attuativo della l. 134/2021 (c.d. "riforma Cartabia), e su richiesta del condannato giudicato con sentenza irrevocabile, ha disposto nei suoi confronti la sostituzione della pena di 4 mesi di reclusione con quella della pena pecuniaria sostitutiva di euro 3.000,00, da versarsi in trenta rate mensili da 100,00 euro ciascuna.*

Tribunale di Savona, sez. pen., 5 maggio 2023, n. 695 - Giudice Amerio.

**PREDIBATTIMENTALE - art. 544-ter c.p.p. - nuova regola di giudizio - tenuità del fatto.**

(Art. 554-bis, 554-ter, co. 1 c.p.p.; 131-bis c.p.)

*In sede di udienza predibattimentale assume particolare rilievo la valutazione degli elementi idonei a fondare un proscioglimento ai sensi*

*dell'art. 131-bis c.p., stante la sua attuale applicazione generalizzata a tutti i reati puniti con pena minima pari o inferiore a due anni e il richiamo esplicito alle cause di non punibilità contenuto nella Riforma, con la necessaria chiusura delle porte del dibattimento a tutti i fatti minimamente offensivi, il cui accertamento tardivo all'esito del processo affolla infruttuosamente i ruoli monocratici.*

Tribunale di Genova, sez. I pen., 30 gennaio 2023, n. 328 - Giudice Rizzo.

**PROCEDIBILITÀ - contravvenzioni - molestia o disturbo alle persone - remissione querela.**

(Artt. 660, 152 c.p., 469, 129, co. 2, c.p.p.)

*Con il mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, l'imputato recava molestie alla persona offesa, effettuando nel medesimo giorno tre telefonate, dal contenuto sessualmente esplicito. Il Giudice pronunciava sentenza di non doversi procedere in ordine al reato di cui all'art. 660 c.p. per intervenuta remissione della querela, essendo mutato il regime di procedibilità della fattispecie a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022.*

Tribunale di Imperia, sez. pen., 12 gennaio 2023, n. 27 - Giudice Minieri.

**PROCEDIBILITÀ - lesioni - remissione querela.**

(Artt. 582, 152 c.p., 340, 531, co. 1, c.p.p.)

*L'imputato, colpendo ripetutamente con violenti pugni e spintoni la persona offesa, cagionava a quest'ultima lesioni personali, dalle quali derivava una malattia giudicata guaribile in giorni 30. Il Giudice pronunciava sentenza di non doversi procedere in ordine al reato di cui all'art. 582 c.p. per intervenuta remissione della querela, essendo mutato il regime di procedibilità della fattispecie a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022.*

Tribunale di Imperia, sez. pen., 17 gennaio 2023, n. 48 - Giudice Bossi.

**PROCEDIBILITÀ - lesioni personali stradali gravi - difetto condizione di procedibilità.**

(Artt. 590-bis c.p., 129 c.p.p.)

*L'imputato, mentre percorreva a bordo della propria bicicletta da corsa la pista ciclabile, invadeva completamente la corsia opposta e si scontrava frontalmente con la persona offesa, che procedeva regolarmente in direzione opposta, cagionandogli una lesione personale grave, dalla quale derivava una malattia di durata superiore a 40 giorni. Il Giudice pronunciava sentenza di non doversi procedere in ordine al reato di cui all'art. 590-bis c.p. per difetto della condizione di procedibilità, essendo la fattispecie divenuta procedibile a querela a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022 ed avendo la persona offesa espressamente rinunciato a sporgere querela in relazione ai fatti contestati.*

Tribunale di Savona, sez. pen., 15 giugno 2023, n. 905 - Giudice Pistone.

**PROCEDIBILITÀ - remissione tacita di querela - mancata comparizione della persona offesa citata in qualità di testimone.**

(Artt. 152, co. 3, c.p., 90-bis, co. 1, lett. n-bis, 129, 531 c.p.p.)

*In tema di reati procedibili a querela, a norma dell'art. 152, co. 3, c.p. - come modificato dal d.lgs. 150/2022 - la mancata comparizione, senza giustificato motivo, della persona offesa all'udienza alla quale la stessa sia stata citata in qualità di testimone determina la remissione tacita della querela, con la conseguente pronuncia di sentenza di non doversi procedere per intervenuta estinzione del reato, qualora l'imputato non rifiuti la remissione e non possa essere prosciolto con formula più favorevole, in applicazione dell'art. 129 c.p.p. (fattispecie nella quale la persona offesa, alla quale la citazione era stata notificata a mani proprie, non è comparsa in udienza senza addurre alcuna giustificazione).*

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 1 giugno 2023, n. 919 - Giudice Buffoni.

### **RAGIONEVOLE previsione di condanna - nuova regola di giudizio.**

(Artt. 425 c.p.p., 612-bis c.p.)

*All'esito di un'udienza preliminare avente ad oggetto il reato di atti persecutori (art. 612-bis c.p.) il giudice per l'udienza preliminare, avendo rilevato un quadro probatorio fortemente contraddittorio e lacunoso quanto alla sussistenza della condotta tipica del reato e di (almeno) uno dei tre eventi tipici della fattispecie, ha pronunciato sentenza di non luogo a procedere per l'impossibilità di formulare una "ragionevole previsione di condanna" ex art. 425, co. 3, c.p.p., come novellato dalla c.d. "riforma Cartabia". Ad avviso del giudicante, la mancanza e la contraddittorietà delle prove, di fronte ad indagini preliminari complete nel corso delle quali erano state sentite tutte le persone informate sui fatti, non avrebbe potuto essere ragionevolmente colmata e/o emendata nel corso del successivo dibattimento.*

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 31 maggio 2023, n. 920 - Giudice Buffoni.

### **RAGIONEVOLE previsione di condanna - art. 425, co. 3, c.p.p. - nuova regola di giudizio.**

(Artt. 425 c.p.p. e 110, 640 c.p.)

*A fronte di un'imputazione per il reato di cui agli artt. 110 e 640, co. 2, n. 2-bis, c.p., il giudice dell'udienza preliminare ha ritenuto che il fatto che l'utenza telefonica utilizzata per indurre in errore la persona offesa non fosse sufficiente a provare il concorso nel reato dell'intestatorio della predetta utenza. Dichiarava quindi il non luogo a provvedere perché gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna, a tal fine valorizzando non solo la nuova regola di giudizio ma anche un minoritario orientamento in seno alla giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 2015, n. 33763) che imponeva al giudice di emettere sentenza ex art. 425 c.p.p. qualora il materiale individuato, o ragionevolmente individuabile in dibattimento, non consenta in alcun modo di provare la colpevolezza dell'imputato.*

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 9 febbraio 2023, n. 285 - Giudice Guerrero.

### **RAGIONEVOLE previsione di condanna - art. 425, co. 3, c.p.p. - nuova regola di giudizio.**

(Artt. 425 c.p.p. e 646 c.p.)

*Il giudice dell'udienza preliminare, in un procedimento per il reato di appropriazione indebita della somma di 1.200 euro da parte dell'imputata, badante di un'anziana signora, a fronte di versioni diametralmente contrastanti tra le parti e della plausibilità di quanto dichiarato dall'imputata, ha ritenuto che i rapporti di dare - avere, la esistenza di un sicuro credito dell'imputata e di un corrispondente credito della persona offesa rendono estremamente difficoltoso poter oggi effettuare una ragionevole previsione di condanna - secondo la nuova previsione dell'art. 425 co. 3 c.p.p. - quantomeno sotto il profilo dell'elemento soggettivo costituito dal dolo.*

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 19 gennaio 2023, n. 128 - Giudice Orsini.

### **RAGIONEVOLE previsione di condanna - tenuità del fatto - patrocinio a spese dello Stato - false attestazioni - condotta susseguente al reato.**

(Artt. 131-bis c.p., 425 c.p.p., 125 D.P.R. 115/2002)

*Il G.u.p. presso il Tribunale di Genova, chiamato a decidere in ordine a un'ipotesi di false attestazioni rese dall'imputato per ottenere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato in un diverso procedimento civile (art. 125, D.P.R. 115/2002) - ha pronunciato sentenza di non luogo a procedere ritenendo l'imputato non punibile a fronte della particolare tenuità del fatto (art. 131-bis, c.p.). Nel riconoscere la sussistenza della speciale causa di non punibilità, il Tribunale, oltre a valutare la tenuità dell'offesa alla luce della modalità della condotta, dell'esiguità del danno e del grado di colpevolezza, ha valorizzato la condotta dell'imputato susseguente al reato - così come reso possibile dalla modifica dell'art. 131-bis c.p. operata dalla c.d. "riforma Cartabia" - consistita, nel caso di specie, nell'essersi attivato per il risarcimento del danno subito dall'erario.*

Tribunale di Genova, ufficio GIP/GUP, 27 settembre 2022, n. 1103 - Giudice Orsini.

### **REDDITO di cittadinanza - false dichiarazioni - concorso di reati - elemento soggettivo.**

(Artt. 640-bis c.p., 7 d.l. 4/19)

*In un caso di false dichiarazioni rese in relazione ai requisiti necessari ad ottenere il beneficio del c.d. "Reddito di Cittadinanza", il Giudice per l'udienza preliminare ha escluso la configurabilità del concorso tra il delitto di truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.) e l'ipotesi speciale di false dichiarazioni rilasciate per ottenere indebitamente il beneficio (art. 7, d.l. 4/2019, conv. L. 26/2019), affermando che il delitto di truffa, ogniqualvolta la condotta dell'autore si risolva nell'uso o nella presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, debba ritenersi assorbito nella fattispecie di legge speciale. Nei casi come quello in oggetto, inoltre, difettano i presupposti tipici del reato di truffa: quanto agli artifici e raggiri, questi non sussistono in quanto l'istante fornisce informazioni la cui veridicità è (astrattamente) di immediata e agevole verificabilità da parte dell'INPS, senza alcun artificio per far apparire una realtà diversa; quanto all'induzione in errore, questa non si verifica poiché il RDC viene di norma erogato sulla base delle informazioni fornite dall'istante e prima di ogni controllo sulla veridicità delle stesse.*

# Documenti

## *Il delitto di maltrattamenti nelle strutture socioassistenziali: contrasti interpretativi e profili applicativi.*

**Lisa Martinelli**

*Tirocinante presso il Tribunale di Savona*

**Sommario:** 1. *Panoramica sul delitto di maltrattamenti - art. 572 c.p.* - 2. *Il delitto di maltrattamenti nelle strutture assistenziali alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione.* - 3. *Abitualità e concorso di persone nel reato.* - 4. *Incapacità professionale e danno ingiusto.* - 5. *Difficoltà processuali e considerazioni conclusive.*

### 1. Panoramica sul delitto di maltrattamenti - art. 572 c.p.

L'art. 572 c.p. è stato recentemente modificato dalla legge 69/2019 (1), intervento che ha portato rilevanti innovazioni nell'intera struttura della fattispecie. Più precisamente, oltre ad un innalzamento di pena per la fattispecie base (2), il legislatore ha introdotto una circostanza aggravante speciale al secondo comma, per i fatti commessi in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità ovvero se il fatto è commesso con armi (3).

È stato poi introdotto un ultimo comma, ove si prevede che il minore di anni diciotto - il quale abbia assistito ai maltrattamenti - sia considerato anch'egli persona offesa dal reato (4).

Emergono, dunque, plurimi profili che meritano attenzione. Preliminarmente, occorre correttamente individuare il bene giuridico tutelato dalla norma. Al riguardo, la giurisprudenza è consolidata nell'identificarlo nella tutela della personalità del singolo soggetto. Il bene giuridico tutelato è, quindi, la dignità fisica e morale della persona offesa dal reato, con la conseguenza che la fattispecie disciplinata all'art. 572 c.p. non tutela solo la famiglia in quanto nucleo sociale di due o più persone, ma anche la personalità dei singoli soggetti che compongono la comunità familiare (ovvero anche scolastica o sanitaria). Ne consegue che in caso di maltrattamenti ai danni di più persone si configurano più reati, eventualmente unificabili sotto il vincolo della continuazione (5).

È poi necessaria la sussistenza di uno specifico presupposto, ossia l'esistenza di un rapporto tra il soggetto attivo e il soggetto passivo in forza del quale quest'ultimo è suscettibile di essere qualificato come *“persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte”* (6).

Sul punto, occorre precisare che con il termine *famiglia* la giurisprudenza unanime intende non solo la famiglia legittima, ma ogni nucleo di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo (7). Dunque, la c.d. famiglia di fatto è pienamente ricompresa nel concetto di famiglia ai sensi dell'art. 572 c.p. (8).

Tuttavia, è possibile cogliere, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità e di merito, due percorsi argomentativi distinti nell'individuazione del perimetro della fattispecie in esame

con particolare riferimento alla rilevanza della cessazione della convivenza per le famiglie fondate sul matrimonio, da un lato, e per le relazioni *more uxorio* dall'altro.

Infatti, in caso di separazione dei coniugi e filiazione la giurisprudenza maggioritaria ritiene che il reato di maltrattamenti possa configurarsi anche successivamente al venir meno della convivenza, in quanto i vincoli nascenti dal rapporto di coniugio o di filiazione permangono (9).

Diversamente, nelle relazioni *more uxorio*, la giurisprudenza ritiene che il delitto di maltrattamenti sia configurabile soltanto finché perduri la convivenza, mentre per il periodo successivo potrà eventualmente configurarsi il delitto di atti persecutori (10). Sul punto, si è tuttavia affermato che nel caso di cessazione della convivenza *more uxorio* il delitto di maltrattamenti è configurabile finché l'agente conservi con la vittima un'apprezzabile stabilità di relazione, dipendente dai doveri connessi alla filiazione (11).

L'elemento soggettivo del delitto di maltrattamenti è il dolo, unitario e programmatico, ove è sufficiente la coscienza e volontà di persistere in un'attività vessatoria, già posta in essere in precedenza, senza la necessità che vi sia un programma criminoso iniziale. Più precisamente, il dolo dell'art. 572 c.p. *“non implica l'intenzione di sottoporre la vittima, in modo continuo e abituale, ad una serie di sofferenze fisiche e morali, ma solo la consapevolezza dell'agente di persistere in un'attività vessatoria”* (12).

In riferimento alla condotta, va rilevato come l'art. 572 c.p. implichi una condotta abituale di sottoposizione ad atti di vessazione, di sofferenza e di prevaricazione, idonei a generare uno stato di disagio continuo, di per sé incompatibile con le normali condizioni di esistenza: si richiede, in altri termini, l'imposizione di un regime di vita vessatorio, mortificante e insostenibile (13).

Ai fini dell'integrazione del reato, quindi, non sono sufficienti singoli atti lesivi, ma è necessario che tali atti siano la componente di una più ampia ed unitaria condotta abituale, idonea ad imporre l'indicato regime di vita.

Al contempo, i singoli atti lesivi possono anche non integrare uno specifico reato. Al riguardo, la giurisprudenza espressamente afferma che *“il delitto di maltrattamenti in famiglia non è integrato soltanto dalle percosse, lesioni, ingiurie, minacce, privazioni e umiliazioni imposte alla vittima, ma anche dagli atti di disprezzo e di offesa alla sua dignità, che si risolvano in vere e proprie sofferenze morali”* (14).

In altri termini, la natura di reato necessariamente abituale richiede la realizzazione di un minimo di condotte - delittuose o meno - collegate da un nesso di abitualità (15), eventualmente oggetto anche di continuazione ai sensi dell'art. 81 comma 2 c.p., come nel caso in cui la serie reiterativa sia interrotta da una sentenza di condanna ovvero da un notevole intervallo di tempo tra una serie di episodi e l'altro, o quando le condotte siano realizzate ai danni di più soggetti passivi.

Così individuati gli elementi della fattispecie disciplinata dall'art. 572 c.p., è possibile volgere l'attenzione agli aspetti più rilevanti in riferimento alla configurazione del delitto di maltrattamenti all'interno di strutture comunitarie, assistenziali od ospedaliere, ove si intersecano più condotte di soggetti agenti rivolte verso più persone offese.

Al riguardo, è interessante rilevare come la giurisprudenza più recente affermi che lo stato di sofferenza e di umiliazione della vittima non deve necessariamente collegarsi a specifici comportamenti vessatori posti in essere nei confronti di un determinato soggetto passivo, ma può derivare anche da un clima generalmente instaurato all'interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere dei soggetti attivi, i quali ne siano consapevoli, a prescindere dall'entità numerica degli atti vessatori e dalla loro riferibilità ad uno qualsiasi dei soggetti passivi (16). Sul punto, assumono rilevanza due diversi elementi: l'identificazione del requisito dell'abitudine nei casi di realizzazione del delitto di maltrattamenti mediante omissioni o in caso di concorso - commissivo od omissivo - di persone nel delitto di maltrattamenti, nonché l'integrazione del delitto in presenza di condotte di difficile percezione, connote da una scarsa professionalità e prive della volontà di ledere la persona offesa.

In particolare, i maltrattamenti verso i soggetti ricoverati presso strutture assistenziali ha sempre più spesso richiamato l'attenzione della cronaca giudiziaria, dalla quale talvolta emergono peculiari difficoltà interpretative e processuali che saranno esaminati nel prosieguo.

## 2. Il delitto di maltrattamenti nelle strutture assistenziali alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione.

L'attualità del fenomeno e la triste frequenza di episodi di maltrattamenti all'interno di strutture assistenziali per anziani e per soggetti con disabilità conducono ad interrogarsi sull'effettività della tutela penale rispetto a condotte di difficile individuazione ed altresì di impalpabile percezione, soprattutto ove siano realizzate in un contesto di complesse relazioni sociali e sanitarie, in cui l'assistenza morale si affianca all'obbligo di cura professionale.

Al riguardo, è interessante richiamare una recente sentenza sul tema della sesta sezione della Corte di Cassazione (17). Dichiarando infondato il ricorso, la Corte ha confermato la sentenza di secondo grado, ritenendo la motivazione della Corte territoriale congrua ed esaustiva. Sul punto, la Corte di Cassazione ha rilevato che, in materia di maltrattamenti all'interno di strutture assistenziali, sebbene l'abitudine delle condotte vessatorie sia integrata anche in riferimento a comportamenti che attingano indistintamente alla platea dei soggetti passivi, per la configurabilità del concorso è necessario che vi sia un contributo causale individuabile del soggetto agente, non potendo chiamare quest'ultimo a rispondere in forza di un generale contesto di appartenenza alla struttura sanitaria e in mancanza di addebiti puntuali che lo coinvolgano.

Più precisamente, la Corte di Cassazione ha precisato che *“la descrizione della situazione generale degli anziani non delinea alcuna forma di maltrattamento ambientale, essendosi ritenuto incontestato che la condotta degli operatori sanitari non sia stata valutata come deprecabile nel suo complesso, ma al contrario adeguata dalle stesse persone offese, mentre i comportamenti di alcuni degli operatori oggetto di critiche oltre a non essere stati descritti come vessatori ma solo come poco professionali, sono risultati essere conseguenza di stanchezza e frustrazione per l'incapacità di gestire anziani poco collaborativi e propensi anche a comportamenti provocatori verso il personale meno gradito”* (18).

Tale sentenza offre l'occasione di ripercorrere gli elementi più rilevanti della fattispecie avuto riguardo a contesti del tutto peculiari quali le strutture socioassistenziali.

## 3. Abitudine e concorso di persone nel reato.

Preliminarmente, occorre rilevare come non sia agevole cogliere l'entità del fenomeno e i profili materiali delle condotte rilevanti ai fini del precetto penale.

Il fenomeno in questione, infatti, risulta essere piuttosto diffuso, coinvolgendo strutture di vario genere e figure professionali molto variegata: medici, infermieri, assistenti socio-sanitari, personale volontario e altre categorie di dipendenti della struttura, come testimonia la rilevante casistica giurisprudenziale (19).

Diversamente dai maltrattamenti in famiglia, il contesto ambientale risulta essere meno determinato e connotato da interferenze tra una pluralità di soggetti che lo rendono talvolta di difficile lettura. Sotto altro profilo, da un punto di vista oggettivo, i maltrattamenti si declinano spesso in diverse forme di incuria, che intersecano la differente disposizione dell'art. 591 c.p..

In tale quadro, inoltre, assumono rilievo anche esigenze di natura organizzativa della struttura sanitaria, che spesso influiscono sulle condizioni di vita degli assistiti e sulle condizioni di lavoro dei soggetti agenti.

Per tali ragioni, l'attenzione per le condizioni di vita degli anziani ricoverati presso tali strutture deve indurre l'interprete a riflessioni che interessano una pluralità di piani, atteso che, nel medesimo scenario, si inseriscono condotte riferibili a più soggetti agenti ai danni di più persone offese.

Al riguardo, il primo elemento di criticità attiene al carattere episodico delle condotte, di per sé inadeguate a configurare il requisito strutturale dell'abitudine, necessario ai fini della sussunzione nell'ambito del delitto di maltrattamenti.

In particolare, come è noto, il reato in questione richiede una condotta abituale - delittuosa o meno - di sottoposizione a sofferenze e prevaricazioni, costituenti fonte di un disagio continuo, incompatibile con le normali condizioni di esistenza (20).

Ai fini del perfezionamento del reato è, quindi, necessario raggiungere una soglia minima, in cui le condotte siano collegate da un nesso di abitudine (21).

In questa prospettiva, pertanto, le condizioni mortificanti in cui si viene a trovare la vittima e l'atteggiamento vessatorio dell'autore del reato possono essere colte non tanto e non solo dalle singole condotte, dovendo, piuttosto, essere desunte dal clima generale in cui si colloca la relazione vittima-agente. Sul punto, la giurisprudenza utilizza talvolta la significativa espressione *“maltrattamento ambientale”* in riferimento al contesto presente nella struttura socio-sanitaria definito come generalmente vessatorio in virtù delle diverse condotte tenute dagli operatori della struttura.

A tale proposito, l'abitudine delle condotte si interseca con il concorso di più soggetti e la realizzazione di condotte attive e omissive.

Più precisamente, l'esame del delitto di maltrattamenti all'interno di strutture sanitarie impone di confrontarsi con una questione che assume rilievo centrale sotto il profilo interpretativo, ossia quella della rilevanza, ai fini del perfezionamento del reato, di condotte omissive e non solo attive, nonché dell'eventuale concorso omissivo di altri soggetti, rappresentato dal mancato impedimento dell'evento lesivo che si aveva l'obbligo giuridico di impedire.

Invero, diversamente dal contesto prettamente familiare, ove il soggetto agente e la persona offesa si collocano in una situazione di parità, quantomeno su un piano astratto, nell'ambito delle strutture sanitarie le posizioni risultano evidentemente differenti già in una prospettiva astratta,

essendovi, da un lato, soggetti assistiti c.d. “ultrafragili” e, dall’altro lato, soggetti qualificati, in capo ai quali è configurabile una specifica posizione di garanzia *ex art.* 40 comma 2 c.p.

Fermo quanto sopra, occorre rilevare come in tema di concorso di più soggetti nel delitto di maltrattamenti, la giurisprudenza di legittimità non sia unanime.

Si registrano, infatti, pronunce ove la Corte afferma che “*un generalizzato clima di vessazione e di indifferenza nei confronti dei bisogni primari degli assistiti non esime dalla rigorosa individuazione degli autori delle varie condotte, in quanto il carattere personale della responsabilità penale impedisce che il singolo operatore sanitario, in mancanza di addebiti puntuali che lo riguardano, possa essere chiamato a rispondere, sia pure in forma concorsuale omissiva, del contesto in sé considerato, anche nel caso in cui da tale contesto egli tragga vantaggio in termini di alleggerimento dei propri compiti*” (22).

Dunque, se da un lato non è rilevante accertare il soggetto passivo vittima delle diverse e ripetute condotte vessatorie - integranti il requisito dell’abitudine - dall’altro lato, è necessario appurare chi sia il soggetto agente responsabile delle singole condotte attraverso l’individuazione dei concreti apporti causali (23), non potendo affermarsi una responsabilità penale del singolo in ragione della mera partecipazione al contesto in cui è inserito.

In senso parzialmente diverso, si esprime altro orientamento della giurisprudenza di legittimità (24), secondo cui - pur dovendosi confermare il fondamentale principio di personalità della responsabilità penale - il delitto di maltrattamenti deve ritenersi perfezionato ove vengano in rilievo contesti caratterizzati da condotte connotate da un’intrinseca capacità lesiva, idonee a collocare la vittima in una condizione di vessatoria soggezione.

In altri termini, i due diversi orientamenti giurisprudenziali se da un lato non appaiono divergere in merito alla necessità di individuare specifici contributi causali in capo ai singoli soggetti che concorrono alla commissione del reato, dall’altro pervengono a soluzioni opposte con riferimento alla possibilità di attribuire rilevanza causale alla condotta omissiva. Tale divergenza interpretativa, lungi dal restare confinata a mera disputa dogmatica, risulta foriera di rilevanti conseguenze sul piano applicativo, con specifico riguardo alla possibilità di riferire l’art. 572 c.p. a contesti come le strutture sanitarie, ove, diversamente dall’ambito familiare o lavorativo, la tendenziale totalità dei soggetti operanti nella struttura sanitaria medesima - salvo specifiche eccezioni - è rappresentata da personale qualificato, tenuto al rispetto di doveri di cura e assistenza, nonché all’osservanza di specifiche linee guida sanitarie.

La giurisprudenza orientata a individuare il delitto di maltrattamenti nei confronti di soggetti che, rivestendo una posizione di garanzia ed essendo inseriti in un ambiente caratterizzato da un contesto di generale vessatorietà, non impediscono l’evento, può essere accostata a un altro orientamento maturato in diverso contesto. Sul punto, infatti, si può fare riferimento alla giurisprudenza in tema di maltrattamenti negli istituti scolastici di vario ordine e grado, ove si legge l’affermazione secondo cui “*è necessario e sufficiente che il soggetto, tenuto ad attivarsi per impedire l’evento lesivo, abbia conoscenza dei presupposti fattuali del dovere di attivarsi per impedire tale evento e si astenga, con coscienza e volontà, dall’attivarsi, con ciò volendo o prevedendo l’evento*” (25).

Dalle considerazioni che precedono, si può dunque cogliere un parziale contrasto giurisprudenziale, relativo alla c.d. “re-

sponsabilità da contesto” e alla diversa sensibilità in ordine all’adeguata valorizzazione delle condotte omissive dei soggetti coinvolti.

Risulta, in questa prospettiva, pacifico che il requisito dell’abitudine delle condotte, ove vengano in rilievo ambienti in cui operano una pluralità di soggetti, può considerarsi integrato anche da condotte tenute nei confronti di diverse persone offese e imputabili a più soggetti agenti, a prescindere dalla pluralità di vessazioni concretamente subite dalle singole vittime (26). In altri termini, il requisito dell’abitudine può, quindi, essere apprezzato anche sulla base di una pluralità di condotte tenute nei confronti di una pluralità di vittime complessivamente considerate, fondando una valutazione incentrata più sull’autore del reato che sull’identità del soggetto passivo.

Al contrario, rimane controversa la questione relativa alla configurabilità del delitto di maltrattamenti in riferimento al concorso omissivo e alla difficoltà concreta di attribuire alle condotte omissive rilevanza casuale rispetto all’evento lesivo.

#### 4. Incapacità professionale e danno ingiusto.

Un’ulteriore questione rilevante in riferimento al delitto di maltrattamenti all’interno di strutture sociosanitarie attiene alla posizione di garanzia rivestita dai sanitari.

Le strutture sanitarie - la cui qualifica varia da regione a regione (27) - possono garantire livelli diversi di assistenza e, quindi, ospitare persone con problemi sanitari di diversa complessità. Elemento comune alle diverse strutture è, però, rappresentato dalla presenza di personale qualificato, quali OSS, infermieri e medici, tenuti al rispetto di determinati doveri di cura e assistenza, nonché ad agire in conformità a specifiche linee guida.

Tale profilo risulta di particolare interesse in merito alla recente pronuncia sopra richiamata della Corte di Cassazione n. 41562/2021, la quale definisce le condotte non come vessatorie, ma solo come “*poco professionali*” e “*conseguenza di stanchezza e di frustrazione per l’incapacità di gestire anziani poco collaborativi e propensi anche a comportamenti provocatori verso il personale meno gradito*” (28).

Dunque, nel caso di specie, la mancanza di una professionalità adeguata è stato elemento utile ad escludere la configurabilità dell’elemento soggettivo del dolo in capo ai soggetti agenti. Più precisamente, la vessatorietà delle condotte - rappresentata dalla volontà o dall’accettazione di ledere l’altrui dignità - viene esclusa nella pronuncia n. 41562/2021, affermando come le condotte esaminate non fossero espressione di una volontà di ledere, ma piuttosto conseguenza di un’incapacità professionale dei soggetti agenti a gestire gli assistiti.

È interessante rilevare che il richiamo all’incapacità professionale e alla scarsa preparazione del personale impiegato nella struttura sanitaria comporta la possibilità che tali condotte - pur non integrando il delitto di maltrattamenti, per difetto dell’elemento soggettivo - possano condurre a una responsabilità di natura civile.

Va, infatti, rilevato che, qualora le condotte non siano finalizzate ad arrecare sofferenze alle persone offese, ma siano il risultato di un’incapacità dei soggetti agenti di svolgere i compiti loro assegnati nonché della disorganizzazione della struttura socioassistenziale, l’eventuale danno ingiusto arrecato alle vittime può essere fonte di responsabilità civile, sebbene il fatto di per sé non integri reato.

Ne consegue che vicende quali quella da ultimo esaminata dalla sesta sezione (29) possono condurre alla responsabilità extracontrattuale del sanitario e alla responsabilità contrattuale

della struttura sanitaria coinvolta per l'eventuale danno ingiusto arrecato alle vittime. In particolare, in ambito civile la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria permette di riconoscere un'ampia tutela all'assistito, sia dal punto di vista della prescrizione sia da quello dell'onere probatorio - gravante sulla struttura sociosanitaria.

Al riguardo, si consideri altresì che la nozione di maltrattamenti penalmente rilevante ai sensi dell'art. 572 c.p. è parzialmente differente da quella accolta in ambito sanitario, e dalla quale può derivare - nel concreto - un danno ingiusto risarcibile. In particolare, l'OMS definisce i maltrattamenti come *“un'azione singola o ripetuta, oppure l'assenza di un'azione adeguata, che causa danni o sofferenza a una persona anziana, nell'ambito di una relazione in cui c'è un'aspettativa di fiducia. Questo tipo di violenza costituisce una violazione dei diritti umani e include gli abusi di natura fisica, sessuale, psicologica, emotiva, economica e materiale, l'abbandono, l'incuria e le gravi forme di perdita di dignità e di rispetto”* (30).

Tale definizione ha certamente una portata più ampia e generica di quella accolta dall'art. 572 c.p. e può comprendere al suo interno anche la diversa condotta di abbandono di persone incapaci ex art. 591 c.p.

Tra le due nozioni vi sono certamente elementi comuni, quali la rilevanza tanto di una condotta attiva quanto omissiva; la preesistenza di un rapporto qualificato tra il soggetto agente e la vittima e, infine, la lesione della dignità fisica e morale della persona offesa. Invero, la giurisprudenza (31) è consolidata nell'affermare che il bene giuridico tutelato dall'art. 572 c.p. - come parimenti previsto dall'OMS - è la personalità del singolo soggetto.

Vi sono però altrettanti profili divergenti, ove condotte concretamente lesive dal punto di vista medico sanitario non raggiungono la soglia del penalmente rilevante. In particolare, ai sensi dell'art. 572 c.p., la condotta di maltrattamenti implica necessariamente l'abitudine della sottoposizione a sofferenze e prevaricazioni, costituenti fonte di un disagio continuo, incompatibile con le normali condizioni di esistenza (32). Ai fini del precetto penale non sono, quindi, sufficienti singoli atti lesivi dell'incolumità personale, come previsto dall'OMS, ma è necessario che tali atti siano componenti di una più ampia condotta abituale, idonea a porre la vittima in uno stato di vessazione.

Ulteriore profilo di distonia tra la nozione di maltrattamenti in ambito sociosanitario e quella penalmente rilevante attiene al profilo delle c.d. malpratiche, talvolta genericamente richiamate come *“incapacità professionale”* e costituenti uno dei principali rischi clinici (33) per i soggetti ricoverati presso le strutture assistenziali (34).

Con malpratiche si intende quel generale complesso di comportamenti, distanti dalle linee guida di settore e conseguenza di una scarsa formazione tecnico-specialistica, nonché di una disorganizzazione della struttura sanitaria (35).

Queste sono espressamente ricomprese nella definizione dell'OMS, la cui nozione di condotta è strettamente incentrata sul bene giuridico leso.

Diversamente, nella fattispecie penalistica, occorre attribuire rilievo all'azione che, talvolta, può non essere sorretta dalla volontà di arrecare pregiudizio, essendo piuttosto il risultato di mere condotte colpose derivanti dall'inidoneità professionale degli operatori sanitari, di per sé non integranti il delitto di maltrattamenti.

Per tale ragione, sul piano concreto, dinanzi a condotte sostanzialmente pregiudizievoli, ma non idonee a integrare il delitto di maltrattamenti, la responsabilità civile - del sanitario

e della struttura di assistenza - può intervenire a colmare, almeno parzialmente, i vuoti di tutela che, diversamente, residuerebbero.

### 5. Difficoltà processuali e considerazioni conclusive.

Come sopra illustrato, la pluralità di soggetti coinvolti - sia dal lato attivo sia dal lato passivo - da un lato, e la peculiarità delle condizioni dei soggetti medesimi dall'altro non agevola l'emersione del fenomeno e il conseguente intervento dell'autorità giudiziaria. Dunque, oltre alle problematiche di natura sostanziale, relative ai singoli elementi della fattispecie, emergono plurimi profili problematici di carattere processuale.

Invero, il soggetto ricoverato è da ritenersi tendenzialmente un soggetto c.d. ultrafragile, affetto da malattie di carattere fisico e psichico. Lo stesso stato di ricovero e parziale isolamento dai propri familiari costituisce un ulteriore elemento di debolezza, che si aggiunge alla già precaria condizione di tali soggetti (36), che appare, peraltro, aggravata ulteriormente dalla pandemia Covid - 19 e dalle conseguenti misure di protezione, che hanno condotto a una quasi totale chiusura di tali strutture al mondo esterno.

Tali misure certamente hanno aggravato la possibilità di emersione di fenomeni di violenza, ove i ricoverati - come potenziali persone offese - dipendono totalmente, per ogni esigenza, dal personale sanitario.

Ciò consente di evidenziare l'ulteriore fondamentale problema, che travalica il profilo sostanziale e attiene alle difficoltà di carattere processuale, in considerazione della circostanza che l'anziano, in condizioni peraltro di minorità ricopre il duplice ruolo di vittima e di testimone. In particolare, può delinearsi il fenomeno della c.d. *“doppia vittimizzazione”* (37): da un lato, l'inaffidabilità della dichiarazione delle persone offese mina l'attendibilità delle accuse, dall'altro lato, una distorta percezione positiva delle condotte dei soggetti agenti può influire su un giudizio volto a escludere il carattere vessatorio delle stesse. Al riguardo, deve essere rilevato che spesso i soggetti ricoverati sono restii a denunciare gli abusi subiti: per un verso, essi risultano poco propensi ad ammettere l'abuso, atteso che subentrano ingiustificati sentimenti di vergogna, nonché paura di ritorsioni e altresì desiderio di protezione nei confronti del soggetto agente, considerato molto spesso l'unica figura di riferimento quotidiana. Sotto diverso profilo, i maltrattamenti possono concretizzarsi in condotte di impalpabile percezione. Per tali ragioni, si stima che un soggetto ricoverato su sei abbia subito episodi di abuso (38), ma che solo un caso su ventiquattro venga segnalato e sia portato a conoscenza dell'autorità giudiziaria (39). In conclusione, l'attualità del fenomeno denota l'importanza di un intervento specifico in termini di prevenzione di episodi di abuso e di maltrattamento in strutture sociosanitarie. Oltre alle divergenze interpretative in riferimento ai singoli elementi della fattispecie, l'attualità e la frequenza di tali episodi pongono l'esigenza di riflettere su soluzioni che consentano di intervenire anche sui segnalati profili processuali che connotano tali tristi vicende, al fine di assicurare l'effettiva tutela del bene giuridico protetto dalla norma, ossia la dignità fisica e morale della persona offesa.

### Note.

(1) Legge 19 luglio 2019, n. 69 Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. GU Serie Generale n.173 del 25-07-2019. Entrata in vigore del provvedimento: 09/08/2019.

(2) La legge 19 luglio 2019 n. 69 ha modificato la pena da *“2 a 6 anni di reclusione”* a *“da tre a sette anni di reclusione”*.

- (3) Art. 572 comma 2 c.p.: *la pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi;*
- (4) Art. 572 ultimo comma c.p.: *“Il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato”.* La novella del 2013 (D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119) ha invece abrogato il comma terzo dell'art. 572 c.p. il quale prevedeva che *“la pena è aumentata se il fatto è commesso in danno di persona minore degli anni quattordici”.*
- (5) Sul punto la giurisprudenza è costante. *Ex multis* Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 18/09/2020, n. 29542 in *Studium juris*, 2021; Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 12/01/2016, n. 2625 *CED 2016*.
- (6) Comma 1 dell'art. 572 c.p.
- (7) Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 18/03/2014, n. 31121 Rv. 261472; Cass. Sez. VI, sentenza, 07/05/2013, n. 22915 Rv. 255628.
- (8) Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 29/01/2008, n. 20647 Rv. 239726.
- (9) Cass. pen. Sez. II, sentenza, 05/07/2016, n. 39331 Rv. 267915.
- (10) Cass. pen. Sez. II, sentenza, 23/01/2019, n. 10222 Rv. 275617.
- (11) Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 20/04/2017, n. 25498 Rv. 270673.
- (12) Cass. pen. Sez. III, sentenza, 16/10/2018, n. 1508 Rv. 274341.
- (13) Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 21.1.2015, n. 12065, in *Famiglia e Diritto 2015*; Cass. pen. Sez. VI, 16.11.2010, n. 45547 in *Foro It. 2011*.
- (14) Cass. Pen., Sez. VI, sentenza, 8/10/2013, n. 44700 in *Guida dir., 2013, n. 47, 80*; Angelo Beccu, L'abitudine del reato di maltrattamenti in famiglia e i suoi corollari - Nota a Cass., Sez. F, 13 agosto 2019 (dep. 14 agosto 2019), n. 36132, Pres. Sabeone, Rel. Paziienza; in *Sistema penale 7/2020*. Il delitto di maltrattamenti è reato abituale proprio, ove la condotta singola è o può essere penalmente irrilevante. Il reato abituale proprio si distingue dal reato abituale improprio, ove la condotta singola è sempre penalmente rilevante, come - a mero titolo esemplificativo - il delitto di relazione incestuosa ex art. 564 comma 2.
- (15) Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 09/10/2018, n. 6126 Rv. 275033.
- (16) Cass. pen., sez. VI, 02/07/2021, n. 35591 in *Guida al diritto 2021, 48*; Cass. pen., sez. VI, 28/03/2019, n. 16583 in *CED Cass. pen. 2019*; Cass. pen. Sez V, 22/10/2010, n. 41442 in *Famiglia e Diritto, 2011*; Cass. pen. Sez VI, 21/12/2009, n. 8592 in *CED Cassazione 2010*.
- (17) Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 30/9/2021, n. 41562, in *Quotidiano giuridico 2021*.
- (18) Il passo richiamato è una citazione testuale di Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 30/9/2021, n. 41562, *cit.*
- (19) Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 02/07/2021, n. 35591, *cit.*; Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 24/09/2018 (ud. 30/05/2018), n. 40891 in banca dati *Wolters Kluwer*; Cass. pen. Sez. III, sentenza, 16/10/2018, n. 1508, *cit.*
- (20) Cass. pen., Sez. II, sentenza, 08/03/2013 (ud. 06/12/2012), n. 10994, rv. 255172.
- (21) Sul punto, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che le condotte successive al perfezionamento del reato, qualora siano seguite - dopo un notevole intervallo di tempo - da ulteriori condotte maltrattanti, queste

- possano essere oggetto di continuazione ai sensi dell'art. 81 c.p., ove sussista un medesimo disegno criminoso. Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 19/10/2017 (dep. 20/12/2017), n. 5696, in *Famiglia e diritto 2018*.
- (22) Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 02/07/2021, n. 35591 *cit.*
- (23) Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 10/12/2015, n. 7760, in *CED 2016*.
- (24) Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 18/01/2022 (ud. 23/11/2021), n. 2088 in banca dati *Wolters Kluwer*; Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 24/09/2018 (ud. 30/05/2018), n. 40891 *cit.*; Cass. pen., Sez. VI, 28/03/2019 n. 16583 *cit.*
- (25) Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 09/03/2018 (ud. 01/02/2018), n. 10763 in *Quotidiano giuridico, 2018* ove viene affermato che *“Integra il concorso per omissione nel delitto di maltrattamenti in famiglia la condotta della referente del Comune presso un asilo nido che ometta di intervenire pur avendo conoscenza dei maltrattamenti consumati nella struttura”.*
- (26) Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 13/03/2017 (ud. 15/02/2017), n. 11956 in *Quotidiano giuridico 2017*.
- (27) Le strutture assistenziali vengono indicate con sigle e nomi differenti da regione a regione. I servizi prestati e l'assistenza fornita possono, quindi, variare tra le regioni, anche all'interno di strutture con la medesima denominazione. Art. 29 e art. 30 del dPCM 12 gennaio 2017 - Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502. [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).
- (28) Il passo richiamato è una citazione testuale di Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 30/9/2021, n. 41562, *cit.*
- (29) Cass. pen. Sez. VI, sentenza, 30/9/2021, n. 41562, *cit.*
- (30) Ministero della Salute - Direzione generale della comunicazione e dei rapporti europei ed internazionali, “informativa OMS - n. 357: maltrattamenti agli anziani”.
- (31) Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 12/01/2016, n. 2625, *cit.*; Cass. pen., Sez. VI, sentenza, 18/09/2020, n. 29542 *cit.*
- (32) Cass. pen., Sez. II, sentenza, 08/03/2013 (ud. 06/12/2012), n. 10994, *cit.*
- (33) Relativamente alla dimensione sociosanitaria, il rischio clinico indica la possibilità di provocare un danno a seguito di una prestazione sanitaria o assistenziale. Daniel B. Kaplan, Barbara J. Berkman, *Abuso sugli anziani - Geriatria - Manuali MSD Edizione Professionisti*.
- (34) Lidia Cancelliere, Pasquale Coccaro, Antonio Grillo, Emilia Guglielmucci, *Abuso e maltrattamento agli anziani: i risultati di un'indagine in RSA*, in *I luoghi della Cura*, 3 - 2021.
- (35) Maria Monteleone, *La tutela dell'anziano in famiglia e nei luoghi di ricovero*, in *Giur. merito*, fasc.12, 2011, pag. 3007B.
- (36) Carla Beriotta, *La violenza contro gli anziani: la percezione del fenomeno e l'impatto psicologico sugli operatori sanitari*, in *L'infermiere*, 2021; pag. 15 - 19.
- (37) Maria Monteleone, *Op. Cit.*
- (38) Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) (2002), Informativa OMS: maltrattamenti agli anziani, Ministero della Salute [disponibile in <http://www.salute.gov.it>].
- (39) Carla Beriotta, *Op. Cit.*

## Sezione di deontologia forense

# Massime

Consiglio Nazionale Forense, 7 marzo 2023, n. 23 - Pres. Melogli - Rel. Scarano.

### **CANCELLAZIONE dall'albo - pendenza di procedimento disciplinare - diritto dell'avvocato di andare in pensione.**

*Il diritto ad usufruire di trattamenti previdenziali ed assistenziali e quindi alla pensione di anzianità, che per gli avvocati è subordinato alla cancellazione dall'albo professionale, prevale, in virtù della copertura costituzionale del diritto alla previdenza sancito dall'art. 38 della Costituzione, sulla disposizione dell'ordinamento forense (art. 17, co. 16, e 53 L. n. 247/2012, già art. 37, penultimo comma, RDL n. 1578/1933) che indirettamente lo limiterebbe ove si dovesse applicare con automatismo il divieto di cancellazione dall'albo dell'avvocato sottoposto a procedimento disciplinare.*

Consiglio Nazionale Forense, 25 marzo 2023, n. 35 - Pres. Melogli - Rel. Scarano.

### **PENDENZA procedimento disciplinare - divieto cancellazione dall'albo - eccezioni.**

*Il divieto di cancellazione dall'albo, elenco o registro forense dell'iscritto che sia sottoposto a procedimento disciplinare (art. 17, co. 16, e 53 L. n. 247/2012, già art. 37, penultimo comma, RDL n. 1578/1933) è diretto ad evitare che l'inquisito possa sottrarsi al procedimento disciplinare (atteso che con la cancellazione verrebbe meno il potere di supremazia speciale di cui gode l'Ordine nei soli confronti dei propri iscritti) ed opera dal giorno dell'invio degli atti al CDD fino alla definizione del procedimento stesso.*

*Il divieto in parola non trova tuttavia applicazione nelle ipotesi di: a) mancanza ab origine di uno dei requisiti per l'iscrizione all'albo (art. 17, comma 12, L. n. 247/2012), b) sopravvenuta incompatibilità professionale ovvero successiva perdita dei requisiti di legge necessari per l'iscrizione (art. 17, commi 1 e 2, L. n. 247/2012), c) cessazione dell'esercizio dell'attività professionale in modo effettivo, continuativo, abituale e prevalente (art. 21 L. n. 247/2012).*

Consiglio Nazionale Forense, 7 marzo 2023, n. 31 - Pres. Greco - Rel. Patelli.

### **PRESCRIZIONE disciplinare - durata massima nuovo procedimento.**

*Ai sensi dell'art. 56 L. n. 247/2012, l'azione disciplinare si prescrive nel termine di sei anni (comma 1), che decorre dalla commissione del fatto o dalla cessazione della sua permanenza; l'interruzione della prescrizione fa decorrere un nuovo termine di cinque anni (comma 3), ma in nessun caso il termine prescrizione complessivo può essere superiore a sette anni e sei mesi, scomputato il tempo delle eventuali sospensioni.*

Corte di Cassazione SS.UU., 19 giugno 2023, n. 17480 - Pres. Spirito - Rel. Carrato.

### **PRESCRIZIONE disciplinare e giudicato penale - individuazione della disciplina applicabile - dies a quo termine prescrizione - limiti temporali per l'azione disciplinare.**

*In tema di prescrizione dell'azione disciplinare, per l'individuazione*

*della disciplina applicabile (art. 51 RDL n. 1578/1933, ovvero art. 56 L. n. 247/2012), occorre far riferimento alla commissione del fatto, se illecito istantaneo, oppure alla cessazione della permanenza, nel caso di illecito continuato o permanente, mentre non rileva la data di definitività della condanna penale, giacché tale giudicato è preso in considerazione dal previgente ordinamento ai soli fini di determinare il dies a quo prescrizione (art. 44 RDL n. 1578/33).*

*La pretesa punitiva esercitata dall'Ordine forense in relazione agli illeciti disciplinari commessi dai propri iscritti ha natura di diritto soggettivo potestativo che, sebbene di natura pubblicistica, resta soggetto ad un termine non di decadenza insuscettibile di interruzione o di sospensione, bensì di prescrizione, il quale delimita la durata dell'azione disciplinare, al fine di assicurare il rispetto dell'esigenza che il tempo dell'irrogabilità della sanzione non venga protratto in modo indefinito.*

Corte di Cassazione SS.UU., 19 giugno 2023, n. 17480 - Pres. Spirito - Rel. Carrato.

### **PRESCRIZIONE disciplinare ex art. 51 RDL 1578/1933 - interruzione in sede amministrativa e giurisdizionale - irretroattività dell'art. 56 L. 247/12.**

*L'interruzione della prescrizione dell'azione disciplinare è diversamente disciplinata nei due distinti procedimenti del giudizio disciplinare: nel procedimento amministrativo trova applicazione l'art. 2945, primo comma cod. civ., secondo cui per effetto e dal momento dell'interruzione s'inizia un nuovo periodo di prescrizione; nella fase giurisdizionale davanti al Consiglio Nazionale Forense opera invece il principio dell'effetto interruttivo permanente di cui al combinato disposto degli artt. 2945, secondo comma e 2943 cod. civ., effetto che si protrae durante tutto il corso del giudizio e nelle eventuali fasi successive dell'impugnazione innanzi alle Sezioni Unite e del giudizio di rinvio fino al passaggio in giudicato della sentenza.*

*In materia di sanzioni disciplinari a carico degli avvocati, l'art. 65, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, nel prevedere, con riferimento alla nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, che le norme contenute nel nuovo codice deontologico si applicano anche ai procedimenti disciplinari in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli all'incoltato, riguarda esclusivamente la successione nel tempo delle norme del previgente e del nuovo codice deontologico. Ne consegue che per l'istituto della prescrizione, la cui fonte è legale e non deontologica, resta operante il criterio generale dell'irretroattività delle norme in tema di sanzioni amministrative, sicché è inapplicabile lo jus superveniens introdotto con l'art. 56, comma 3, della legge n. 247/12.*

Consiglio Nazionale Forense, 3 ottobre 2022, n. 159 - Pres. Corona - Rel. Laghi.

### **PROCEDIMENTO disciplinare - cancellazione dall'albo - pendenza di gravame - conseguenze - definitività provvedimento impugnato.**

*La cancellazione dall'albo dell'incoltato comporta l'estinzione dell'eventuale giudizio di gravame dinanzi al CNF per sopravvenuta cessazione della materia del contendere con conseguente consolidamento del provvedimento impugnato.*

# Documenti

## Consiglieri dell'Ordine e deontologia.

**Fabio De Santis\***

*Avvocato del Foro di Massa*

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. Il Consiglio e il Consigliere dell'Ordine. - 3. Incompatibilità, ruolo e funzioni dei Consiglieri dell'Ordine. - 4. Conclusioni.

### 1. Premessa.

In virtù dell'art. 1, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, i Consigli dell'Ordine degli Avvocati sono enti pubblici non economici locali e soggetti ai principi di economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza di cui alla Legge n. 241/90 così come a quei principi dettati per la tutela dei dati personali, anticorruzione ecc, previsti per gli enti pubblici.

La riforma dell'Ordinamento Forense (Legge n.247/12) ha fissato ruoli, compiti e funzioni del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati (Ordine Circondariale) (1) che, insieme al Consiglio Nazionale Forense, articola l'Ordine Forense (2). Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, quale organo collegiale, in realtà è il motore e il propulsore dell'intero Ordinamento Forense poiché tutto il sistema forense ruota intorno alle sue delibere e ai suoi provvedimenti.

La centralità del sistema ordinamentale, in capo al Consiglio dell'Ordine, è scolpita e confermata nelle singole norme dettate dalla legge forense ed in particolare nell'art. 29 in cui vengono delineati i "Compiti e prerogative del Consiglio" (3). Il Consiglio dell'Ordine circondariale rappresenta ed è portavoce dei propri iscritti innanzi alle Istituzioni e le Autorità pubbliche, mentre il presidente del Consiglio dell'Ordine lo rappresenta all'esterno dando esecuzione ed attuazione ai deliberati dell'organo collegiale.

### 2. Il Consiglio e il Consigliere dell'Ordine.

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati è un organo di autogoverno territoriale, con funzioni di vigilanza e di controllo sull'attività dei propri iscritti, dotato di autonomia statutaria e regolamentare imposta dalla Legge forense ed a cui il Consiglio deve uniformarsi.

L'assemblea degli avvocati (art.27 Legge Forense) nello specifico elegge il Consiglio e, il Consiglio dell'Ordine al suo interno elegge il presidente, insieme al segretario e al tesoriere (nei consigli superiori a 15 membri elegge anche un vicepresidente)(4).

I Consigli dell'Ordine e così i Consiglieri hanno il compito di garantire la corretta applicazione delle norme forensi di autogoverno, delle regole di condotta imposte dalle norme di

legge e dalla deontologia, promuovere la formazione continua degli avvocati e tutelare i diritti e gli interessi della professione forense.

I consiglieri, eletti dagli iscritti, durano in carica quattro anni e sono rieleggibili per un quadriennio consecutivo. Essi sono vincolati al rispetto delle norme che disciplinano l'ordinamento forense non solo per l'adempimento del loro incarico istituzionale, ma soprattutto per il buon funzionamento delle Istituzioni che rappresentano ed inoltre, essendo avvocati (nonché rappresentanti degli avvocati) sono vincolati agli obblighi della legge forense e ai principi fondamentali della deontologia forense.

Con la riforma forense, tali obblighi (rispetto delle norme forensi) sono divenuti ancora più pregnanti ove si tenga conto che tra le cause di "scioglimento del Consiglio" (5) si sono aggiunte, due ipotesi: *lett. b "se non adempie agli obblighi prescritti dalla legge"* e *lett. c "se ricorrono altri gravi motivi di rilevante interesse pubblico"*.

La Legge forense ha dedicato il titolo III agli "Organi e funzioni degli Ordini Forensi" dettando precise norme per il corretto funzionamento dell'ordine circondariale (6), delegando ed imponendo, a quest'ultimo il dovere di integrare e regolamentare la norma primaria, in alcuni casi, con appositi regolamenti interni e/o di funzionamento (7). Da ciò ne consegue come in caso di eventuali gravi inadempimenti da parte del Consiglio (quali ad esempio non emanare i regolamenti previsti dalla legge, violare gli obblighi di imparzialità e trasparenza e/o non inviare notizie di illeciti disciplinari al Consiglio di Disciplina, ecc.), si potrebbe legittimare la procedura di scioglimento dello stesso prevista dall'art. 33 della normativa forense.

*"L'avvocato, chiamato a far parte delle Istituzioni forensi, deve adempiere l'incarico con diligenza, indipendenza e imparzialità"* (così dispone l'art. 69 comma 1 codice deontologico).

Oltre ai principi generali, la diligenza nell'adempimento dell'incarico quale consigliere dell'ordine, trova la sua cartina al tornasole nell'ulteriore principio della competenza che è sicuramente uno dei requisiti fondamentali per una corretta gestione e buon funzionamento del Consiglio dell'Ordine.

Conseguenza logica della violazione di tali principi come nell'ipotesi di un comportamento poco diligente del consigliere dell'ordine che anteponga i propri interessi e/o impegni professionali, non partecipando così effettivamente ed attivamente alle adunanze consiliari o assentandosi sistematicamente, compromette non solo la corretta gestione degli affari dell'Ordine, ma viola il dovere di collaborazione e di lealtà nei confronti delle istituzioni e degli iscritti che rappresenta nonché quei basilari principi deontologici. Paradossalmente per tali condotte, oltre all'eventuale e possibile segnalazione ai consigli di disciplina, la legge forense per tali gravi negligenze, non prevede alcuna causa di decadenza dalla carica di Consigliere dell'ordine. Sul tema vedasi parere del Consiglio nazionale forense del 17 luglio 2014 n. 52: *"la legge professionale non prevede conseguenze specifiche per le assenze reiterate di un Consigliere alle sedute del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati"*.

\* \* Consigliere dell'Ordine degli Avvocati del Foro di Massa per il quadriennio 2023/2026, già Consigliere e Segretario del Consiglio Distrettuale di Disciplina forense di Genova.

### 3. Incompatibilità, ruolo e funzioni dei Consiglieri dell'Ordine

Dovrebbe essere pacifico come la competenza insieme alla probità, dignità e decoro, sia un requisito imprescindibile e fondamentale per esercitare la professione dell'avvocato.

Questi principi, esemplificati nei canoni di correttezza e lealtà nel rispetto ed assolvimento di quelle regole di condotta imposte dalla Legge (e dalla deontologia) definiscono le qualità essenziali dell'essere Avvocato.

Tali caratteristiche dovrebbero essere ancora più marcate in quegli Avvocati che, rappresentando un punto di riferimento per i colleghi, rivestano una specifica funzione e/o incarico nelle Istituzioni Forensi, infatti non a caso la giurisprudenza disciplinare (8) ha provveduto ad inasprire le sanzioni disciplinari quando l'illecito viene commesso da un Consigliere dell'Ordine sottolineando che *“il Consigliere dell'Ordine, per la visibilità che consegue alla carica quantomeno all'interno del Foro, e per la sua funzione di riferimento che riveste per gli avvocati - deve mantenere un comportamento improntato con il massimo rigore al rispetto delle regole deontologiche, evitando quindi atteggiamenti che possano recare disdoro all'istituzione che rappresenta”*.

I Consiglieri dell'Ordine sono al servizio di tutti gli iscritti e non solo per una parte di essi.

Con sacrificio e abnegazione adempiono con diligenza e competenza al mandato ricevuto e di cui si sono volontariamente onerati in favore della collettività forense.

Proprio per disciplinare ed evitare comportamenti che possano minare quella imparzialità e terzietà dei singoli consiglieri nello svolgimento delle loro funzioni, i Consigli dell'Ordine si sono muniti di specifici *“Codici Etici e di Comportamento”* volti ad evitare possibili ipotesi di conflitto di interessi tra avvocato e la loro funzione di Consigliere e che in alcuni casi, sono ancora più incisivi di quanto statuito dal CNF (9) stabilendo vere e proprie incompatibilità come ad esempio quella l'incompatibilità del Consigliere dell'Ordine ad assumere la difesa di un incolpato nel procedimento disciplinare nel distretto (10).

Non dimentichiamo che, *ex lege*, la carica e la funzione del Consigliere dell'Ordine è incompatibile (11) *“con quella di consigliere nazionale, di componente del consiglio di amministrazione e del comitato dei delegati della Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense, nonché di membro di un consiglio distrettuale di disciplina”* ma soprattutto non occorre dimenticare che lo stesso art. 28 della Legge Forense prevede che *“Ai componenti del consiglio, per il tempo in cui durano in carica, non possono essere conferiti incarichi giudiziari da parte dei magistrati del circondario”*.

Al consigliere dell'ordine pertanto vengono precluse alcune attività e incarichi professionali contrariamente a quanto erroneamente sostenuto da quei colleghi ancorati alla previgente normativa forense e ai ricordi del sentito dire.

Sul divieto di conferire ai componenti del Consiglio dell'Ordine incarichi giudiziari dai magistrati del circondario si è posto il problema a) se il Consigliere dell'Ordine, possa essere nominato curatore speciale prima e poi lo stesso possa autonomarsi difensore del minore o b) se possa quale Curatore Speciale del Minore *ad processum* richiedere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per vedersi liquidata la parcella.

Il Consiglio Nazionale Forense sulle questioni sopra prospettate ha preso posizione con due diversi pareri.

Il primo parere del 20 settembre 2017, n. 72 (12) ribadisce che *“gli incarichi giudiziari preclusi ai Consiglieri dell'Ordine ex art. 28, comma 10 della L. 247/2012 si devono intendere quelli*

*in cui l'avvocato operi quale ausiliario del giudice (ad esempio curatore fallimentare, curatore dell'eredità giacente, delegato alle vendite nelle procedure esecutive immobiliari, custode giudiziale). Restano pertanto esclusi dall'incompatibilità gli incarichi che si sostanziano in oneri assegnati all'avvocato per lo svolgimento di compiti nei quali è prevalente la funzione sociale dell'attività (amministratore di sostegno, tutore di minori stranieri non accompagnati, ecc.)”*

Proprio su queste considerazioni è da osservare come tra gli incarichi nei quali prevale la funzione sociale dell'attività professionale, rientri sicuramente quello della nuova figura del curatore speciale del minore.

*“La nomina del curatore speciale è di pertinenza del Giudice, e laddove la scelta cada su un avvocato, si ritiene che la figura di curatore speciale e di difensore del minore possano coincidere. Ben potrà quindi il Consigliere dell'Ordine, nominato curatore speciale del minore costituirsi in giudizio a difesa degli interessi del minore, a condizione tuttavia che l'incarico mantenga i requisiti di non remunerabilità che erano ovviamente sottesi alla distinzione di cui al parere n 24/2017”*

Il secondo parere del 20 dicembre 2022, n. 55 (13) riafferma che *“l'incarico di Curatore speciale del minore - alla luce della prevalenza della funzione sociale e solidaristica del medesimo - non rientri nel novero degli incarichi giudiziari preclusi per effetto dell'articolo 28 della legge n. 247/12 e che, pertanto, il Consigliere dell'Ordine possa assumere detto incarico “a condizione tuttavia che l'incarico mantenga i requisiti di non remunerabilità”*. Ne consegue che l'incarico debba essere svolto a titolo gratuito e che, di conseguenza, nemmeno possa presentarsi istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

### 4. Conclusioni

Il Consigliere dell'Ordine, quale componente dell'organo collegiale istituzionale, è un rappresentante dell'Avvocatura ed è un punto di riferimento non solo per la collettività forense, ma anche per la Magistratura e le Autorità Pubbliche.

Lo stesso deve essere consapevole dell'alto ruolo che riveste, della funzione svolta nell'interesse degli iscritti e dell'avvocatura che rappresenta.

Deve essere conscio di dover rispettare, non solo quelle regole di condotta imposte dalla legge e dalla deontologia, ma ancora con più rigore quelle norme dettate dalla legge forense per il buon funzionamento delle istituzioni forensi.

Soltanto con una condotta irreprensibile, con dignità, diligenza e con una specifica competenza potrà adempiere correttamente all'incarico ricevuto, postergando i propri interessi a quelli dell'avvocatura territoriale.

La sua preparazione e consapevolezza del suo ruolo, insieme alla sua probità e dignità sarà il giusto contrappeso a quella ipotizzata posizione soggettiva di *“svantaggio”* rispetto ai singoli iscritti e colleghi e ciò sia dal punto di vista deontologico (dove una possibile sanzione disciplinare sarebbe aggravata per il ruolo che si riveste, sia dal punto di vista di perdite di *chance* professionali (per le incompatibilità previste dal nuovo sistema forense e/o per tutti quei potenziali conflitti d'interesse).

Il rispetto e la credibilità verso le Istituzioni forensi, o meglio dell'avvocato che ricopra incarichi istituzionali, trova il suo fondamento non nella carica che lo stesso avvocato riveste, ma nella sua autorevolezza, nel suo senso delle istituzioni, nel suo senso di appartenenza alla classe forense.

Il rispetto di tali requisiti permette all'avvocato delle istituzioni, di essere un avvocato credibile ed un punto di riferimento, degno di rispetto per la sua autorevolezza, per le sue funzioni e di quello che rappresenta: le Istituzioni Forensi.

Note.

(1) Legge Forense - Titolo III - Capo II Ordine Circondariale (da art. 25 all'art. 33).

(2) Legge Forense - Titolo III - Capo I Ordine Forense, art. 24.2.

(3) Legge Forense - Art. 29 Compiti e prerogative del consiglio 1. Il consiglio:

- a) provvede alla tenuta degli albi, degli elenchi e dei registri;
- b) approva i regolamenti interni, i regolamenti in materie non disciplinate dal CNF e quelli previsti come integrazione ad essi;
- c) sovrintende al corretto ed efficace esercizio del tirocinio forense. A tal fine, secondo modalità previste da regolamento del CNF, istituisce ed organizza scuole forensi, promuove e favorisce le iniziative atte a rendere proficuo il tirocinio, cura la tenuta del registro dei praticanti, annotando l'abilitazione al patrocinio sostitutivo, rilascia il certificato di compiuta pratica;
- d) organizza e promuove l'organizzazione di eventi formativi ai fini dell'adempimento dell'obbligo di formazione continua in capo agli iscritti;
- e) organizza e promuove l'organizzazione di corsi e scuole di specializzazione e promuove, ai sensi dell'articolo 9, comma 3, l'organizzazione di corsi per l'acquisizione del titolo di specialista, d'intesa con le associazioni specialistiche di cui all'articolo 35, comma 1, lettera s);
- f) vigila sulla condotta degli iscritti e deve trasmettere al consiglio distrettuale di disciplina gli atti relativi ad ogni violazione di norme deontologiche di cui sia venuto a conoscenza, secondo quanto previsto dall'articolo 50, comma 4; elegge i componenti del consiglio distrettuale di disciplina in conformità a quanto stabilito dall'articolo 50;
- g) esegue il controllo della continuità, effettività, abitudine e prevalenza dell'esercizio professionale;
- h) tutela l'indipendenza e il decoro professionale e promuove iniziative atte ad elevare la cultura e la professionalità degli iscritti e a renderli più consapevoli dei loro doveri;
- i) svolge i compiti indicati nell'articolo 11 per controllare la formazione continua degli avvocati;
- l) da pareri sulla liquidazione dei compensi spettanti agli iscritti;
- m) nel caso di morte o di perdurante impedimento di un iscritto, a richiesta e a spese di chi vi ha interesse, adotta i provvedimenti opportuni per la consegna degli atti e dei documenti;
- n) può costituire camere arbitrali, di conciliazione ed organismi di risoluzione alternativa delle controversie, in conformità a regolamento adottato ai sensi dell'articolo 1 e con le modalità nello stesso stabilite;
- o) interviene, su richiesta anche di una sola delle parti, nelle contestazioni insorte tra gli iscritti o tra costoro ed i clienti in dipendenza dell'esercizio professionale, adoperandosi per comporre; degli accordi sui compensi e redatto verbale che, depositato presso la cancelleria del tribunale che ne rilascia copia, ha valore di titolo esecutivo con l'apposizione della prescritta formula;
- p) può costituire o aderire ad unioni regionali o interregionali tra ordini, nel rispetto dell'autonomia e delle competenze istituzionali dei singoli consigli. Le unioni possono avere, se previsto nello statuto, funzioni di interlocuzione con le regioni, con gli enti locali e con le università, provvedono alla consultazione fra i consigli che ne fanno parte, possono assumere deliberazioni nelle materie di comune interesse e promuovere o partecipare ad attività di formazione professionale. Ciascuna unione approva il proprio statuto e lo comunica al CNF;
- q) può costituire o aderire ad associazioni, anche sovranazionali, e fondazioni purché abbiano come oggetto attività connesse alla professione o alla tutela dei diritti;
- r) garantisce l'attuazione, nella professione forense, dell'articolo 51 della Costituzione; s) svolge tutte le altre funzioni ad esso attribuite dalla legge e dai regolamenti;
- t) vigila sulla corretta applicazione, nel circondario, delle norme dell'ordinamento giudiziario segnalando violazioni ed incompatibilità agli organi competenti.

2. La gestione finanziaria e l'amministrazione dei beni dell'ordine spettano al consiglio, che provvede annualmente a sottoporre all'assemblea ordinaria il conto consuntivo e il bilancio preventivo.

3. Per provvedere alle spese di gestione e a tutte le attività indicate nel presente articolo e ad ogni altra attività ritenuta necessaria per il conseguimento dei fini istituzionali, per la tutela del ruolo dell'avvocatura nonché per l'organizzazione di servizi per l'utenza e per il miglior esercizio delle attività professionali il consiglio è autorizzato:

- a) a fissare e riscuotere un contributo annuale o contributi straordinari da tutti gli iscritti a ciascun albo, elenco o registro;
  - b) a fissare contributi per l'iscrizione negli albi, negli elenchi, nei registri, per il rilascio di certificati, copie e tessere e per i pareri sui compensi.
4. L'entità dei contributi di cui al comma 3 è fissata in misura tale da garantire il pareggio di bilancio del consiglio
5. Il consiglio provvede alla riscossione dei contributi di cui alla lettera a) del comma 3 e di quelli dovuti al CNF, anche ai sensi del testo unico delle leggi sui servizi della riscossione delle imposte dirette, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 15 maggio 1963, n. 858, mediante iscrizione a ruolo dei contributi dovuti per l'anno di competenza.
6. Coloro che non versano nei termini stabiliti il contributo annuale sono sospesi, previa contestazione dell'addebito e loro personale convocazione, dal consiglio dell'ordine, con provvedimento non avente natura disciplinare. La sospensione è revocata allorché si sia provveduto al pagamento.

(4) Legge Forense Art. 28 comma 9 (Il consiglio dell'ordine).

(5) Legge Forense Art. 33 (Scioglimento del consiglio).

1. Il consiglio è sciolto:

- a) se non è in grado di funzionare regolarmente;
- b) se non adempie agli obblighi prescritti dalla legge;
- c) se ricorrono altri gravi motivi di rilevante interesse pubblico.

2. Lo scioglimento del consiglio e la nomina del commissario di cui al comma 3 sono disposti con decreto del Ministro della giustizia, su proposta del CNF, previa diffida.

3. In caso di scioglimento, le funzioni del consiglio sono esercitate da un commissario straordinario, nominato dal CNF e scelto tra gli avvocati con oltre venti anni di anzianità, il quale, improrogabilmente entro centoventi giorni dalla data di scioglimento, convoca l'assemblea per le elezioni in sostituzione.

4. Il commissario, per essere coadiuvato nell'esercizio delle sue funzioni, può nominare un comitato di non più di sei componenti, scelti tra gli iscritti all'albo, di cui uno con funzioni di segretario.

(6) Legge Forense - Titolo III - Capo II Ordine Circondariale (art. 25 - 33).

(7) Per esempio vedasi Legge Forense Art. 32 (Funzionamento dei consigli dell'ordine per commissioni):

1. I consigli dell'ordine composti da nove o più membri possono svolgere la propria attività mediante commissioni di lavoro composte da almeno tre membri, che devono essere tutti presenti ad ogni riunione per la validità delle deliberazioni.

2. Il funzionamento delle commissioni è disciplinato con regolamento interno ai sensi dell'articolo 29, comma 1, lettera b). Il regolamento può prevedere che i componenti delle commissioni possano essere scelti, eccettuate le materie deontologiche o che trattino dati riservati, anche tra gli avvocati iscritti all'albo, anche se non consiglieri dell'ordine.

(8) vedasi Consiglio Nazionale Forense, sentenza del 29 novembre 2018, n. 164, confermata da Corte di Cassazione n. 11933 del 07 Maggio 2019.

(9) Consiglio nazionale forense, parere n. 57 del 15 novembre 2019 su quesito del CDD di Firenze in merito alla possibilità per l'avvocato, consigliere dell'Ordine, di assumere la difesa di un collega dinanzi al Consiglio di disciplina del distretto al quale appartiene il Consiglio dell'Ordine del quale egli fa parte: "Nel sistema ordinamentale forense non è espressamente prevista l'impossibilità per il componente di un consiglio dell'ordine di assumere la difesa dinanzi al consiglio di disciplina del distretto al quale appartiene il consiglio dell'ordine del quale egli fa parte. Nella fattispecie vengono tuttavia in rilievo le prerogative dei consigli dell'ordine in tema di procedimento disciplinare sotto molteplici profili, quali la nomina dei componenti dei consigli



di disciplina e le facoltà processuali dei consigli dell'ordine. In considerazione di ciò, appare quanto meno inopportuno che il componente di consiglio dell'ordine assuma la difesa dinanzi al consiglio di disciplina del distretto al quale appartiene il consiglio dell'ordine del quale egli fa parte.”

(10) Provvedimento del Distretto della Corte d'Appello di Genova.

(11) Legge Forense Art. 28. Comma 10. La carica di consigliere e incompatibile con quella di consigliere nazionale, di componente del consiglio di amministrazione e del comitato dei delegati della Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense, nonché di membro di un consiglio distrettuale di disciplina. L'eletto che viene a trovarsi in condizione di incompatibilità deve optare per uno degli incarichi entro trenta giorni dalla proclamazione. Nel caso in cui non vi provveda, decade automaticamente dall'incarico assunto in precedenza. Ai componenti del consiglio,

per il tempo in cui durano in carica, non possono essere conferiti incarichi giudiziari da parte dei magistrati del circondario.

(12) Consiglio nazionale forense (rel. Secchieri), parere 20 settembre 2017, n. 72 su quesito del COA di Salerno che richiede di sapere se, tenuto conto del parere n. 24/2017 di questa Commissione ed alla stregua dell'art. 28 della L. 247/2012 e dell'art. 56 del NCDF, se il Curatore Speciale del Minore, che rivesta la carica di Consigliere dell'Ordine, possa poi autonomarsi difensore del minore senza violare il disposto delle norme citate.

(13) Consiglio nazionale forense, parere 20 dicembre 2022, n. 55 su quesito del COA di Fermo che richiede di sapere “se un Consigliere dell'Ordine che viene nominato Curatore Speciale del Minore ad processum può presentare istanza per l'ammissione a gratuito patrocinio a spese dello Stato al fine di vedersi liquidata la parcella o tale compito può essere svolto dal Consigliere a titolo gratuito”.

