
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 Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (F.DM.), Stefano Faccio (S.F.), Michela Ferraris (M.I.F.), 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 (FDA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasio, Annamaria De Luca (A.DL.), Raffaella Demaria (R.D.), Gianvittorio Domini (G.V.D.), Paolo Donadoni, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Gabriele Fazzeri, 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 (FGHL.), 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 (F.P.), 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 (GUR.), 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 Zanolì (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.), Omar Caramaschi (O.C.), Luca Costanzo (L.C.), Ludovica Costigliolo, Simone Frega (S.F.), Fabio Gaggero (F.G.), Alessandro Salustri (A.S.), 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 (FMA.), Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Aurora Piromalli, Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Pontepirino, Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Valter Semino, Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torri-gino (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

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 2 novembre 2022 **3**

Tribunale di Genova, sez. I civ., 1 agosto 2022 **8**

Trasporto marittimo e locazione di containers: profili di responsabilità tra inadempimento contrattuale e lesione del credito.
Gabriele Fazzeri **11**

Corte di Cassazione, ord., 9 gennaio 2023, n. 1107 **14**

Tribunale di Genova, sez. I civ., 7 marzo 2023 **16**

Tribunale di Savona, 3 ottobre 2022 **19**

Massimario **22**

Documenti

Un nuovo statuto dei diritti nella società dei cambiamenti.
Guido Alpa **26**

Intuizione e decisione del giudice civile.
Andrea Del Nevo **33**

Recensioni

DONATO CARUSI, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura.*
Guido Alpa **37**

DONATO CARUSI, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura.*
Andrea Fusaro **38**

GUIDO ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo.*
Michele Marchesiello **39**

Sezione di diritto del lavoro

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. lav., 23 settembre 2022 **45**

Massimario **47**

Documenti

Il licenziamento oggettivo in Italia: i correttivi della Corte Costituzionale in tema di insussistenza del fatto, la nozione attuale dell'istituto mediante un confronto comparato con il sistema spagnolo.

Andrea Firriolo **48**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

T.A.R. Liguria, sez. I, 22 novembre 2022, n. 57 **54**

Concessioni balneari: improcedibilità dei ricorsi davanti al Tar Liguria per eclissi del parametro o per apparizione dell'indoneità dell'oggetto?
Pasquale Costanzo **54**

Massimario **56**

Documenti

Un Kelsen di sana e robusta costituzione.
Guido Alpa **58**

Sezione di diritto tributario

Massimario **59**

Documenti

Sull'onere della prova e sulla prova testimoniale nel processo tributario: prime osservazioni in merito alle recenti modifiche ed integrazioni apportate all'art. 7 d.lgs. n. 546 del 1992, n. 546.
Antonio Lovisolo **63**

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Savona in composizione monocratica, 4 giugno 2021 **68**

Documenti **78**

Problemi di legittimità costituzionale in tema di rapina impropria.
Valentina Zeccola **73**

Sezione di deontologia forense

Massimario **76**

Documenti

Deontologia forense in mediazione.
Fabio De Santis **77**

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 2 novembre 2022, n. 1190 - Pres. Atzeni - Rel. Cannata.

APPELLO - inammissibilità - infondatezza.

(Artt. 342 e 348 *bis* e *ter* c.p.c.)

APPELLO - eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale - natura.

(Artt. 34 e 36 c.p.c.)

CONTRATTI bancari - fideiussione - contratto redatto secondo formulari ABI - eccezione di nullità - clausole restrittive della libera concorrenza - nullità parziale del contratto.

(Art. 2, co. 2 e co. 3, L. 287/1990; art. 101 TFUE; art. 1419 c.c.)

CONTRATTI bancari - fideiussione - contratto redatto secondo formulari ABI - eccezione di nullità - violazione della normativa antitrust - intesa a monte e contratto a valle - nesso "funzionale" - nullità speciale - ratio.

(Art. 101 TFUE; art. 2, lett. a) L. n. 287/1990; art. 1418 c.c.)

CONTRATTI bancari - fideiussione - contratto redatto secondo formulari ABI - violazione della normativa antitrust - intesa a monte e contratto a valle - principio di conservazione - nullità totale del contratto a valle - esclusione.

(Art. 101 TFUE; art. 2, lett. a) L. n. 287/1990; art. 1418 c.c.)

CONTRATTI bancari - fideiussione - contratto redatto secondo formulari ABI - eccezione di nullità - violazione della normativa antitrust - nullità parziale - limitazioni.

(Art. 1419, co. 1, c.c.)

NULLITÀ - estensione della nullità - onere della prova.

AZIONE in giudizio - principio della domanda - nullità integrale e parziale - rilevabilità d'ufficio.

(Artt. 99 e 112 c.p.c.)

FIDEIUSSIONE - contratto autonomo di garanzia - applicabilità - esclusione.

(Art. 1957 c.c.)

FIDEIUSSIONE - clausola di pagamento "a prima richiesta" - assenza di accessorietà - contratto autonomo di garanzia.

FIDEIUSSIONE - eccezioni di merito del rapporto principale - opponibilità - esclusione.

FIDEIUSSIONE - estinzione - scadenza dell'obbligazione principale - "istanza" - interpretazione.

(Art. 1957 c.c.)

Sono infondate le eccezioni di inammissibilità dell'appello, atteso che l'atto introduttivo del giudizio contiene tutti gli elementi che consentono alla Corte di individuare con precisione le ragioni in fatto ed in diritto alla base delle censure, oltre le parti del provvedimento di cui è stata chiesta la riforma.

È corretta la qualificazione di eccezione riconvenzionale, anziché

di domanda riconvenzionale, data dal Giudice di prime cure vista la richiesta, in via di eccezione, di accertamento della nullità del contratto di fideiussione omnibus al solo fine di far valere fatti estintivi o modificativi del rapporto obbligatorio.

I contratti di fideiussione "a valle" di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi dell'art. 2, comma 3 della legge citata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata - perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza (Cass., S.U., n. 41994/2021).

I contratti di fideiussione "a valle" di intese dichiarate parzialmente nulle, costituenti lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti, partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi (Cass., S.U., n. 2207/2005).

La violazione della normativa antitrust è riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti «funzionale» a produrre un effetto anticoncorrenziale. Che si verifica «con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riproduttivo dell'«intesa» a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale. Si tratta di una forma di «nullità speciale», che ha una portata più ampia della nullità codicistica e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento - come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore e la nullità nei rapporti tra imprese - in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti, avvinuti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili alle fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime è da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell'ordine pubblico economico, a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed europee antitrust (Cass., n. 827/1999).

Il «principio di conservazione» degli atti negoziali, costituente nell'ordinamento la «regola», impone di considerare nulli i contratti di fideiussione a valle solo limitatamente alle clausole riproduttive dello schema illecito a monte, poiché adottato in violazione della normativa -nazionale ed eurounitaria - antitrust, a meno che non risulti comprovata agli atti una diversa volontà delle parti, nel senso dell'essenzialità - per l'assetto di interessi diviso - della parte del contratto colpita da nullità, escludendo, per contro la nullità totale del contratto a valle, laddove esso riproduca le clausole dell'intesa a monte dichiarate nulle dall'organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere - in concreto - una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui è causa. Tutte le altre clausole, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano invece pienamente valide (provvedimento Banca d'Italia n. 55/2005).

Sono nulle solo le clausole del contratto di fideiussione a valle che riproducono gli articoli nn. 2 6 e 8 dell'intesa a monte, mentre tutte le altre clausole del contratto di fideiussione - in quanto fi-

nalizzate, attraverso l'obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l'accesso al credito bancario - sono immuni da rilievi di invalidità.

Alla nullità parziale dell'accordo o della deliberazione a monte corrisponde la nullità parziale del contratto di fideiussione a valle che ne riproduca le previsioni colpite da tale forma di invalidità, e limitatamente alle clausole riproduttive di dette previsioni, salvo che la parte affetta da nullità risulti essenziale per i contraenti, che non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità.

L'onere della prova grava sulla parte interessata all'estensione della nullità (Cass., S.U., n. 41994/2021).

La nullità è rilevabile d'ufficio da parte del giudice - nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione sul principio processuale della domanda ex artt. 99 e 112 c.p.c. - e, ove sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto, il giudice deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale.

Il contratto autonomo di garanzia reca come connotato fondamentale l'assenza di accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella dell'ordinante, essendo la prima qualitativamente diversa dalla seconda, oltre che rivolta non al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro pre-determinata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore; ne consegue, pertanto, una generale inapplicabilità a tale contratto del disposto dell'art. 1957 c.c., salvo diversa specifica pattuizione intercorsa tra le parti, purché compatibile con le restanti clausole contrattuali (Cass., n. 7883/2017).

L'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (Cass., n. 4717/2019).

L'elemento caratterizzante ed essenziale del rapporto autonomo di garanzia consiste nell'inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale, sì che l'elemento qualificante della fattispecie risiede nell'impegno del garante a pagare illico et immediate, senza alcuna facoltà di opporre al creditore le eccezioni relative ai rapporti di valuta e provvista.

L'art. 1957 c.c., nell'imporre al creditore di proporre la sua "istanza" contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore, a pena di decadenza dal suo diritto verso quest'ultimo, tende a far sì che il creditore stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa; pertanto, il termine "istanza" si riferisce ai vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito e dalla loro idoneità a sortire il risultato sperato (Cass., n. 1724/2016).

P.MO.

(...Omissis...)

Motivi della decisione.

Con atto di citazione regolarmente notificato L proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 211/2020 - immediatamente esecutivo - con il quale il Tribunale di Savona gli aveva ingiunto di pagare in solido con C S.r.l. la somma di € 175.488,06 in favore di Banco BPM S.p.A., oltre interessi

come da domanda e spese del procedimento, liquidate in € 2.135,00 per compensi, 406,00 per esborsi, oltre 15% per spese generali, IVA e CPA.

Parte attrice in opposizione chiedeva che venisse preliminarmente dichiarata la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto monitorio, atteso che Banco BPM aveva già intrapreso una procedura esecutiva sui suoi beni, che venisse revocato il decreto opposto e che, in ogni caso, venisse condannato C a manlevarla e tenerla indenne di qualsiasi somma fosse stata condannata a pagare in favore di BPM.

In particolare, pur senza contestare l'esistenza del credito, il L eccepiva che la fideiussione sottoscritta in data 27.5.2015 era nulla per violazione del divieto di intese anticoncorrenziali previsto dall'art. 2, comma 2, lett. a) della L. n. 287/1990, in quanto redatta su modulo uniforme ABI o comunque contenente clausole identiche a tale schema contrattuale (trattasi, in particolare, delle clausole nn. 2, 6 ed 8) e che, comunque, erano trascorsi più di 6 mesi dalla data di scadenza dell'obbligazione principale senza che il creditore intraprendesse le sue istanze nei confronti del debitore principale.

Parte attrice in opposizione rilevava inoltre che la condotta di Banco BPM integrava l'ipotesi prevista dall'art. 1956 c.c. e, conseguentemente, era ugualmente da ritenersi liberata: Banco BPM, infatti, senza mai informare il L dell'inadempimento della debitrice principale e nonostante le condizioni economiche di quest'ultima si fossero aggravate, aveva continuato ad erogarle somme, attendendo quasi un anno dall'inadempimento prima di revocare gli affidamenti, così aggravando la posizione del fideiussore e violando il principio di buona fede contrattuale.

Infine, rappresentava che in data 6.6.2016 aveva ceduto a C S.r.l. e che contestualmente la parte cessionaria C si era impegnata a manlevare e tenere indenne il L stesso da qualsiasi obbligazione assunta in qualità di fideiussore, anche nei confronti di BPM, liberandolo dalla garanzia prestata entro il 31.12.2016. Eccepiva, a tal fine, la nullità e/o l'inefficacia e/o la simulazione nei suoi confronti dell'atto di cessione dei beni avvenuto in esecuzione degli accordi assunti in sede di separazione consensuale dei coniugi C e D, dei quali chiedeva la chiamata in giudizio.

Con provvedimento del 9/6/2020 il G.I. designato autorizzava la chiamata in causa dei terzi e rinviava la causa all'udienza del 14.7.2020 per la discussione sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto opposto ex art. 649 c.p.c., di concessione del sequestro conservativo e di restrizione dell'ipoteca. Il Tribunale, alla luce delle contestazioni di Banco BPM contenute nella memoria difensiva del 17.6.2020 e delle difese svolte dai terzi chiamati al momento della costituzione in udienza, sospendeva l'esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto e rigettava, invece, le ulteriori richieste di parte attrice in opposizione. La causa veniva rinviata alla già fissata prima udienza di trattazione del 13.11.2020.

In data 24.9.2020 si costituiva Banco BPM S.p.A. eccependo preliminarmente l'incompetenza per materia del Tribunale di Savona in merito alla domanda di nullità della fideiussione, l'erronea qualificazione giuridica del contratto tra le parti, da qualificarsi quale contratto autonomo di garanzia, nonché l'inapplicabilità dell'art. 1957 c.c. sia per la natura giuridica del contratto sia per volontà delle parti sul significato da attribuire alla nozione di "istanza" quale semplice richiesta scritta. Banco BPM, pertanto, chiedeva l'integrale rigetto dell'opposizione e la conferma del decreto ingiuntivo opposto.

Con atto del 22.10.2020 si costituiva in giudizio Citterio Ugo eccependo l'incompetenza territoriale del giudice adito in relazione alla domanda attorea di dichiarazione di ineffi-

cacia dell'atto di trasferimento della proprietà effettuato in esecuzione degli accordi di separazione della quale chiedeva il rigetto, nonché l'inefficacia del decreto ingiuntivo nei suoi confronti poiché non notificatogli. Si associava invece alla domanda attorea di dichiarazione di nullità della fideiussione per violazione della normativa antitrust e dell'art. 1956 c.c. In pari data si costituiva Dante Daniela chiedendo il rigetto della domanda spiegata nei suoi confronti da parte attrice in opposizione ed eccependo in via preliminare l'incompetenza territoriale del giudice adito ai sensi dell'art. 21 c.p.c.

Il Tribunale, concessi i termini per il deposito delle memorie ex art. 183, VI comma, c.p.c., con provvedimento del 4.3.2021, a scioglimento della riserva assunta in esito all'udienza del 26.2.2021, riteneva la causa matura per la decisione rinviandola all'udienza dell'11.6.2021 per la precisazione delle conclusioni.

Con sentenza n. 710/2021 del 27/9/2021 il Tribunale di Savona accoglieva l'opposizione, e per l'effetto revocava il decreto ingiuntivo n. 211/2020 emesso dal Tribunale di Savona in data 18/2/2020, compensava le spese tra il L, il C e Banco BPM, e poneva a carico di quest'ultima le spese e competenze legali liquidate in favore della terza chiamata D, nella misura di € 6.715,00, oltre spese generali nella misura del 15% ed oneri di legge, da rifondere all'erario.

In primo luogo, il Tribunale ha ritenuto infondata l'eccezione di incompetenza funzionale del giudice adito sollevata da Banco BPM, sull'assunto che l'invocata nullità della fideiussione fosse stata eccepita in via di eccezione e non invece quale domanda riconvenzionale, essendo volta a paralizzare la pretesa della convenuta opposta.

In secondo luogo, ha ritenuto parimenti infondata l'eccezione di inefficacia del decreto ingiuntivo sollevata ex art. 644 c.p.c. dal terzo chiamato C, poiché la nullità della notifica del decreto risultava sanata per il raggiungimento dello scopo dell'atto, atteso che la parte ingiunta si era trovata nella condizione di spiegare adeguate difese in relazione al merito del credito azionato da Banco BPM.

Nel merito, ha ritenuto fondata l'eccezione di nullità parziale della fideiussione omnibus sollevata dal L e dal C ed ha revocato il decreto ingiuntivo opposto, e per l'effetto ha ritenuto assorbite le domande spiegate dal L nei confronti dei terzi chiamati, nonché l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata da questi ultimi, in ragione del fatto che:

- detto contratto era stato redatto conformemente al modello ABI 2003 e conteneva le clausole che la Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, aveva ritenuto frutto di un accordo lesivo della concorrenza del mercato; in particolare, il contratto prevedeva, all'art. 2, la reviviscenza della garanzia in caso di annullamento, inefficacia e revoca dei pagamenti effettuati dalla debitrice principale, all'art. 6, una deroga all'art. 1957 c.c. e, all'art. 8, l'invalidità dell'obbligazione garantita, per cui la validità della fideiussione prescinde dalla validità degli atti generanti le obbligazioni principali;
- l'illecito anticoncorrenziale "a monte" era destinato a travolgere i negozi conclusi "a valle" che erano espressione di tale intesa;
- la nullità si estendeva alle sole clausole riconosciute espressione dell'illecito lesivo della concorrenza e non a tutta la garanzia, in quanto era emerso che in via presuntiva i contraenti l'avrebbero ugualmente contratta anche senza le clausole colpite da nullità;
- il contratto non poteva qualificarsi quale contratto autonomo di garanzia;
- la nullità della clausola di cui all'art. 6 del contratto con-

tenente la deroga all'art. 1957 comportava l'applicazione della disposizione codicistica, cui conseguiva l'inutile spirare del termine in quanto la parte convenuta opposta non aveva dimostrato di aver proposto le proprie istanze, ovvero azioni giudiziali, nel termine dei sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale.

Avverso la decisione ha proposto appello con atto del 21/10/2021 Aurelia srl, in qualità di cessionaria di BPM, a cui dichiara di sostituirsi in qualità di successore a titolo particolare, lamentando l'erroneità della decisione e ribadendo, in particolare, la fondatezza dell'eccezione di incompetenza funzionale del giudice adito, la violazione degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c. nella parte in cui ha ritenuto che il contratto riproducesse l'intesa in violazione della disciplina antitrust e ne ha dichiarata la parziale nullità, l'erronea qualificazione del contratto quale fideiussione omnibus, l'omessa pronuncia e la violazione dell'art. 91 e ss. c.p.c.

Si sono costituiti L, C e D con comparse separate chiedendo il rigetto dell'appello in quanto infondato in fatto ed in diritto e l'integrale conferma della sentenza impugnata, riproponendo, in via subordinata, le domande ed eccezioni già formulate in primo grado.

Le parti appellate L e C hanno altresì sollevato eccezione di inammissibilità dell'appello ai sensi degli artt. 342, 348 bis e ter c.p.c.

All'udienza fissata per il 10/2/2022 veniva rigettata l'istanza di sospensione della provvisoria esecutività della sentenza impugnata proposta da parte appellante e la Corte rinviava la causa all'udienza del 30/6/2022 per la precisazione delle conclusioni, ritenendola matura per la decisione e riservando la decisione sull'ammissibilità delle prove dedotte dalle parti unitamente al merito.

All'udienza così fissata per il 30/6/2022 le parti precisavano le conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione, con concessione del termine rispettivamente di 60 e 20 giorni per il deposito della comparsa conclusionale e della memoria di replica.

Devono anzitutto dichiararsi infondate le eccezioni di inammissibilità dell'appello sollevate dalle parti appellate ex artt. 342, 348 bis e ter c.p.c., atteso che l'atto introduttivo del presente giudizio contiene tutti gli elementi che consentono a questa Corte di individuare con precisione le ragioni in fatto ed in diritto alla base delle censure, oltre le parti del provvedimento di cui è stata chiesta la riforma e lo stesso non appare manifestamente infondato.

Con il primo motivo di appello parte appellante censura la decisione del Giudice di prime cure nella parte in cui ha qualificato quale eccezione riconvenzionale la richiesta di accertamento della nullità del contratto di fideiussione omnibus del 27/5/2015 sollevata dal Citterio e dal Lovino, anziché quale domanda riconvenzionale, cui sarebbe seguita la dichiarazione di incompetenza funzionale del giudice adito. Parte appellante, in proposito, argomenta che dal tenore letterale delle conclusioni rassegnate dalle parti, contenenti anche istanze volte ad ottenere le declaratorie per il ripristino della situazione precedente, emerge inequivocabilmente che si tratta di domande riconvenzionali.

Il motivo di appello è infondato e va rigettato.

Si osserva, in proposito, che il Tribunale ha fatto corretta applicazione delle norme di legge e dei principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in merito alla distinzione tra eccezione e domanda riconvenzionale.

Le parti appellate hanno infatti chiesto, in via di eccezione, l'accertamento della nullità del contratto di fideiussione om-

nibus sottoscritto tra le stesse e Banco BPM, al solo fine di far valere fatti estintivi o modificativi del rapporto obbligatorio, così da paralizzare la pretesa avversaria che trova il suo fondamento nel contratto di fideiussione *de quo*.

Ad una diversa conclusione avrebbe condotto, ad esempio, una domanda volta ad accertare che gli interessi applicati al contratto principale superassero il tasso legale consentito con conseguente domanda di restituzione oppure quella volta ad accertare la violazione del divieto di anatocismo e la conseguente domanda di rideterminazione del piano di ammortamento o, ancora, quella volta ad ottenere il risarcimento del danno in seguito alla violazione del divieto di intese anticoncorrenziali.

Solo nel secondo caso l'eccezione sollevata da parte appellante avrebbe potuto trovare accoglimento ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 34 e 36 c.p.c.

Né la domanda con cui il L ha chiesto la cancellazione dell'ipoteca giudiziale e della trascrizione del pignoramento sui suoi beni immobili, trasforma l'eccezione in domanda riconvenzionale, trattandosi delle pronunce accessorie derivanti dall'eventuale accoglimento dell'opposizione al decreto ingiuntivo e quindi alla revoca dello stesso.

Con il secondo motivo di appello Aurelia SPV lamenta l'erroneità della decisione nella parte in cui il Giudice ha ritenuto che il contratto di fideiussione è stato redatto conformemente al modello ABI del 2003, senza considerare che il contratto è composto da 16 articoli anziché dai 13 previsti nel mod. ABI, che è stato frutto di negoziazione fra le parti, che la sua forma è differente (afferma, in proposito, che gli articoli non contengono la rubrica), che è stato sottoscritto ai sensi dell'art. 1341, II comma, c.c. e che è successivo all'adozione del provvedimento da parte della Banca d'Italia.

Con il terzo motivo l'appellante lamenta che il Giudice ha errato ad estendere automaticamente la nullità del contratto "a monte" al contratto "a valle", in quanto incombeva sulla parte opponente dimostrare un nesso di dipendenza della fideiussione con la deliberazione dell'ABI, che sarebbe smentito dagli atti di causa.

Con il quarto motivo di appello Aurelia SPV lamenta che la decisione è errata nella parte in cui ha dichiarato la parziale nullità del contratto di fideiussione, quando l'unica tutela concessa al soggetto leso dall'intesa anticoncorrenziale è quella risarcitoria. Il secondo, terzo e quarto motivo devono essere trattati congiuntamente, concernendo tutti la corrispondenza del contratto allo schema ABI e le conseguenze ad essa derivanti.

Si rileva che nelle more del presente giudizio, la Corte di Cassazione a SSUU con sentenza n. 41994 del 30/12/2021, dirimendo il contrasto giurisprudenziale esistente in materia, ha statuito che "I contratti di fideiussione "a valle" di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrattanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata - perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza -, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti" in quanto "costituenti «lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti» (Cass., sez. un., n. 2207/2005) - partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi".

In particolare, richiamando la giurisprudenza di legittimità

secondo cui "allorché l'articolo 2 della legge n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle «intese», «non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario posti all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario - la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza (Cass., n. 827/1999)".

In altri termini, "detta violazione è riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti «funzionale» a produrre un effetto anticoncorrenziale." Che si verifica "con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riproduttivo dell'«intesa» a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca - come nel caso concreto - solo una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale".

Pertanto, allorché le "deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, determinano un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte - nel caso concreto dall'ABI - viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato".

Si verifica in siffatte ipotesi quindi una "«nullità speciale», posta - attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e 2, lett. a) della 35 legge n. 287 del 1990 - a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'«ordine pubblico economico»; dunque «nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva» (Cass., n. 827/1999). In tal senso depone la considerazione che siffatta forma di nullità ha una portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 c.c.) e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento - come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore (cd. secondo contratto), e la nullità nei rapporti tra imprese (cd. terzo contratto) - in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime - come detto - è da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell'«ordine pubblico economico», a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed europee antitrust".

La Corte ha quindi specificato che "nei casi - come quello oggetto del presente giudizio - in cui dello schema dichiarato nullo dalla Banca d'Italia, vengano riprodotte solo le tre clausole succitate, il menzionato «principio di conservazione» degli atti negoziali, costituente nell'ordinamento la «regola», impone di considerare nulli i contratti di fideiussione a valle solo limitatamente alle clausole riproduttive dello schema illecito a monte, poiché adottato in violazione della normativa - nazionale ed eurounitaria - antitrust, a meno che non risulti comprovata agli atti una diversa volontà delle parti, nel senso dell'essenzialità - per l'assetto di interessi divisato - della parte del contratto colpita da nullità" escludendo, per contro la nullità totale del contratto a valle, "laddove esso riproduca le clausole dell'intesa a monte dichiarate nulle dall'organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere - in concreto - una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui è causa. Tutte le altre clausole, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano invece -

come nel caso concreto ha affermato il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 - pienamente valide”.

Le clausole del contratto di fideiussione a valle nulle sono solo quelle che riproducono gli articoli nn. 2, 6 e 8 dell'intesa a monte, mentre “tutte le altre clausole del contratto di fideiussione - in quanto finalizzate, attraverso l'obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l'accesso al credito bancario - sono immuni da rilievi di invalidità, come ha stabilito la Banca d'Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell'intesa ABI (...) di conseguenza, alla nullità parziale dell'accordo o della deliberazione a monte corrisponde - per le ragioni suesposte - la nullità parziale del contratto di fideiussione a valle che ne riproduca le previsioni colpite da tale forma di invalidità, e limitatamente alle clausole riproduttive di dette previsioni, salvo che la parte affetta da nullità risulti essenziale per i contraenti, che non avrebbero concluso il contratto «senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità»” secondo il disposto di cui all'art. 1419, primo comma, c.c. L'onere della relativa prova gravava sulla parte interessata all'estensione della nullità.

Nella specie, per quanto riguarda il contratto sottoscritto tra le parti, se da un lato non occorre che la parte che invoca la nullità della fideiussione dimostri la connessione del contratto a valle con l'intesa a monte, in quanto già desumibile dalla corrispondenza del contratto allo schema ABI, dall'altro non vi è dubbio che le clausole contenute nella fideiussione oggetto di causa artt. 2, 6 ed 8 abbiano contenuto analogo, se non talvolta del tutto coincidente, con le clausole nn. 2, 6 e 8 del modello ABI, delle quali va conseguentemente dichiarata la nullità, per violazione dell'art. 2, comma 1, lett. a) I. 287/1990 e dell'art. 1419 c.c., valide ed efficaci essendo le altre clausole negoziali. Né sono atte a scongiurare una tale conclusione le argomentazioni di parte appellante e le circostanze offerte in prova a tal fine.

Il fatto che il contratto sia stato sottoscritto successivamente al 2005 (ovvero dopo l'adozione del provvedimento della Banca d'Italia), che sia composto da 16 articoli privi di rubrica e che alcune clausole siano state sottoscritte due volte ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., diversamente dal modello ABI, costituiscono elementi il cui valore probatorio viene integralmente smentito dal contenuto complessivo del contratto che ripercorre fedelmente il modello ABI, tanto nell'ordine delle clausole quanto nel loro contenuto.

Non può neppure ritenersi provato che il contratto sia stato frutto di negoziazione tra le parti, poiché detta circostanza è stata oggetto di contestazione e i capitoli di prova dedotti a riprova di ciò e ai fini della qualificazione del contratto quale contratto autonomo di garanzia da Banco BPM nella seconda memoria ex art. 183, VI comma, c.p.c., del 12/1/2021 sub. 9) e 10) risultano generici e valutativi e, come tali, inammissibili. Vanno altresì dichiarare infondate le difese di parte appellante a mente della quale, in ragione della diversità ontologica e funzionale della nullità totale (invocata) e nullità parziale (dichiarata), per cui non sarebbe possibile una “*inammissibile sovrapposizione del proprio decidum alla valutazione e alle determinazioni dell'autonomia privata espresse in seno al processo*”.

Trattandosi di nullità, essa è rilevabile d'ufficio da parte del giudice - nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione sul principio processuale della domanda ex artt. 99 e 112 c.p.c. - e, ove sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto, il giudice deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale.

Si osserva che questa Corte non deve svolgere alcuna valu-

tazione sulla volontà delle parti di concludere egualmente il contratto anche in seguito alla declaratoria di parziale di nullità, in quanto non impugnata la relativa statuizione.

Per tali ragioni, i tre motivi di appello vanno dichiarati infondati. Con il quinto motivo l'appellante lamenta che il giudice ha errato a qualificarlo quale contratto di fideiussione, trattandosi invece di un contratto autonomo di garanzia. In proposito, adduce che il Tribunale ha male interpretato il contenuto del contratto, poiché gli artt. 7, 9, 10 e 11 contengono previsioni che, secondo l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, lo qualificano quale contratto autonomo di garanzia, con conseguente inapplicabilità dell'art. 1957 c.c.

La Corte di Cassazione ha ripetutamente affermato che “Il contratto autonomo di garanzia reca come connotato fondamentale l'assenza di accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella dell'ordinante, essendo la prima qualitativamente diversa dalla seconda, oltre che rivolta non al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore; ne consegue, pertanto, una generale inapplicabilità a tale contratto del disposto dell'art. 1957 c.c., salvo diversa specifica pattuizione intercorsa tra le parti, purché compatibile con le restanti clausole contrattuali” (Cass., n. 7883/2017).

Inoltre con orientamento ormai consolidato ha sancito che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni” vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (Cass., n. 4747/2019).

In particolare, l'elemento caratterizzante ed essenziale del rapporto autonomo di garanzia è stato ravvisato nell'inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale, sì che l'elemento qualificante della fattispecie viene individuato nell'impegno del garante a pagare *illico et immediate*, senza alcuna facoltà di opporre al creditore le eccezioni relative ai rapporti di valuta e provvista.

Nella specie il contratto sottoscritto dalle parti non prevede l'obbligo di pagare senza (generale) possibilità di sollevare eccezioni, atteso che è previsto solamente che il fideiussore non possa sollevare eccezioni circa il momento in cui la banca esercita il diritto di recedere dai rapporti col debitore (art. 9 del contratto), conservando quindi il diritto di opporre al creditore - pur se in epoca temporalmente successiva rispetto all'avvenuto pagamento - tutte le eccezioni relative al rapporto tra questi e il debitore principale. Muovendo da tale considerazione, che è incompatibile con la natura del contratto autonomo di garanzia e viceversa compatibile con la natura di obbligazione accessoria della fideiussione, e tenuto altresì conto del contenuto complessivo del contratto, nonché della qualificazione attribuita alle parti al negozio sottoscritto nel quale viene sempre indicato l'accordo quale fideiussione e la parte quale fideiussore, va ritenuto che il mero inserimento della clausola di pagamento a prima richiesta, non valga a qualificare il contratto come rapporto autonomo di garanzia.

Sulle prove offerte sull'interpretazione del contratto si rimanda a quanto già detto precedentemente in relazione al quarto motivo di appello.

In considerazione di quanto sopra, anche tale motivo di appello va dichiarato infondato.

Tenuto conto quindi della natura del contratto e della nullità

parziale dello stesso, consegue che la nullità dell'art. 6 comporta l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1957 c.c. Sotto tale profilo parte appellante, con il **sesto motivo** di appello, lamenta l'omesso esame della validità ed efficacia della pattuizione contenuta all'art. 7 del contratto di fideiussione volta ad attribuire una deroga alla nozione di "istanze" contenuta nel disposto dell'art. 1957 c.c. che il creditore deve intraprendere per non incorrere nella decadenza ivi prevista, sì da rendere sufficiente un atto stragiudiziale.

Anche tale motivo di appello è infondato.

Anzitutto, si osserva che il Giudice non ha omesso di pronunciarsi in proposito, poiché ha ritenuto che la nozione di "istanze" contenuto nell'art. 1957 c.c. era da interpretarsi, in conformità con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, quale iniziativa giudiziaria nei confronti del debitore principale.

La previsione di cui all'art. 7 del contratto di fideiussione a mente del quale "il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore (...)" non appare affatto derogare al disposto di cui all'art. 1957 c.c. ed al termine ivi contemplato, bensì solamente a regolare le modalità di escussione della garanzia fideiussoria, che si pone su un piano concettualmente distinto rispetto alle modalità operative per evitare di incorrere nella decadenza prevista dalla legge. Risulta inconferente la giurisprudenza citata dall'appellante, atteso che essa riguarda il contratto autonomo di garanzia ed il richiamo pattizio alla disciplina di cui all'art. 1957 c.c.

In ogni caso, si aderisce all'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, anche in ragione della natura del contratto di fideiussione secondo cui: "l'art. 1957 c.c., nell'imporre al creditore di proporre la sua "istanza" contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore, a pena di decadenza dal suo diritto verso quest'ultimo, tende a far sì che il creditore stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa; pertanto, il termine "istanza" si riferisce ai vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito e dalla loro idoneità a sortire il risultato sperato" (Cass., 1724/2016). Sul punto, pertanto, non può che confermarsi la sentenza impugnata, non avendo Banco BPM intrapreso alcuna iniziativa giudiziaria nei confronti della debitrice principale la Bottega S.r.l. entro il termine di sei mesi previsto dalla norma. I capitoli di prova nn. 7 ed 8 dedotti da Banco BPM e ritualmente riproposti in appello, alla luce delle considerazioni di cui sopra, risultano superflui ai fini della decisione.

Da ultimo, con il settimo ed ultimo motivo di appello, Aurelia lamenta la violazione del disposto di cui dell'art. 91 e 112 c.p.c. laddove il Giudice ha posto a carico di Banco BPM le spese e competenze legali liquidate in favore della terza chiamata D.

Le censure risultano condivisibili, atteso che Banco BPM non ha spiegato alcuna domanda nei confronti della terza chiamata D, che anzi ha partecipato al giudizio solo in virtù della chiamata richiesta dalla parte opponente L nel primo grado di giudizio. Dal momento che l'intervento della terza chiamata nel giudizio è derivato da domande non dipendenti da quella creditoria di Banco BPM e la chiamata di tale soggetto nel giudizio non era da essa neppure prevedibile, appare opportuno riformare la decisione appellata compensando le spese di lite del primo grado tra le parti. Tale motivo di appello è pertanto fondato.

Si osserva che parte appellante, nelle conclusioni rassegnate, chiede in via subordinata la condanna degli appellanti L e C ai sensi degli artt. 2395 e/o 2041 c.c., senza però impugnare la sentenza di primo grado nella parte in cui ha omesso di pronunciarsi sotto tale profilo e senza coltivare la relativa domanda in alcun atto del grado di appello. Pertanto, essa si ritiene implicitamente rinunciata.

Il rigetto dell'appello principale, salvo quanto statuito in merito alla ripartizione delle spese di lite del primo grado di giudizio, cui consegue la sostanziale conferma della decisione impugnata, assorbe le domande spiegate in via subordinata dalle parti appellate, che pertanto non occorre esaminare.

Quanto alle spese di lite del presente grado di giudizio, ai sensi dell'art. 91 c.p.c. devono essere poste dal giudice, con la sentenza che chiude il processo, a carico della parte soccombente in favore dell'altra parte.

Il parziale accoglimento dell'appello, limitato ad uno solo dei sette motivi proposti, giustifica la condanna di Aurelia SPV S.r.l. al pagamento integrale delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore delle parti appellate C e L, in virtù della norma sopra richiamata, spese quantificate così come indicate in dispositivo, ai sensi del D.M. 147/2022, secondo lo scaglione di riferimento da € 52.00,01 a € 260.000,00, secondo i valori medi ed esclusa la fase istruttoria.

Pare invece equo compensare le spese di lite del presente grado di giudizio tra Aurelia e D, stante la limitata attività difensiva svolta da quest'ultima in ragione della sua partecipazione meramente incidentale al giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza, azione ed eccezione:

in parziale riforma della sentenza n. 710/2021 del 27/9/2021 emessa dal Tribunale di Savona compensa le spese di lite del primo grado di giudizio tra Aurelia SPV, quale cessionaria di Banco BPM S.P.A. e D confermata nel resto (...omissis...).

Tribunale di Genova, sez. I civ., 1 agosto 2022, n. 1925 - Giudice Unico Gibelli.

CONTRATTO in genere - trasporto di cose - polizza di carico - locazione - mandato - demurrages - concorso di colpa.

(Artt. 1571, 1705, 2043, 2055 c.c., Reg. CE/1013/2006)

Qualora i costi di prolungata giacenza dei container, locati dal vettore al mittente nell'esecuzione del collegato contratto di trasporto, siano dipesi in parte dal fatto del mittente e in parte dal fatto del terzo, delle cd. demurrages dovute al vettore rispondono tanto il mittente, a titolo contrattuale per inadempimento, quanto il terzo, a titolo extracontrattuale per lesione del credito, ciascuno in misura proporzionale secondo il proprio grado di responsabilità (Fattispecie nella quale il periodo complessivo di prolungata giacenza era risultato in parte dovuto ad un sequestro giudiziario dei container disposto dall'autorità a causa del contenuto illecito caricato negli stessi dal produttore del rifiuto, quest'ultimo mandante del mittente ma terzo rispetto al vettore, non avendo il mittente, nella sua veste di mandatario senza rappresentanza, speso il nome del produttore dei rifiuti nei confronti del vettore). (1-3)

(...Omissis...) **Fatti di causa.**

H. trasportava presso il porto di Ningbo (Cina) nove containers di sua proprietà contenenti gomma vulcanizzata.

I containers erano stati precedentemente caricati presso il porto di Genova dalla convenuta G&G, alla quale H aveva fornito i containers stessi.

Giunti a destinazione, le autorità cinesi rilevavano la non conformità del carico rispetto a quanto dichiarato in polizza e dunque vietavano lo sbarco della merce, non essendo la stessa, peraltro, conforme alla normativa doganale cinese.

Il carico faceva dunque ritorno al porto di Genova, dove maturavano ulteriori costidi *storage*, *detention* e *demurrages*, e ciò anche a causa di un sequestro del carico nel frattempo disposto dall'autorità giudiziaria italiana.

Di detti costi, nel complesso ammontanti ad euro 319.500,00, H chiedeva dunque il ristoro ricorrendo in giudizio contro la caricatrice G&G e la società E, quest'ultima indicata da G&G come reale responsabile del carico già in fase stragiudiziale.

Costituitasi in giudizio, G&G ribadiva di aver agito come mera mandataria di E, ossia della società generatrice della merce - poi rivelatasi un carico di rifiuti - e come tale unica responsabile delle vicende ad essa collegate.

Chiedeva pertanto il rigetto delle pretese attoree, sul presupposto del difetto di legittimazione passiva. In subordine, domandava la riduzione del *quantum* preteso da H, eventualmente anche a mezzo di CTU.

Costituitasi in giudizio, E eccepiva il proprio difetto di legittimazione passiva. Nel merito, chiedeva il rigetto delle pretese attoree ed invocava in ogni caso l'estensione del contraddittorio ad altra società, alla quale E avrebbe in origine richiesto di organizzare il trasporto della merce. Proponeva inoltre domanda riconvenzionale trasversale di risarcimento del danno nei confronti di G&G.

Disposta la conversione del rito e concessi i termini per le memorie ex art. 183 nonché per le comparse conclusionali e relative repliche, all'udienza del 25.02.2022 il Giudice tratteneva la causa in decisione.

Motivi della decisione.

Preliminarmente, occorre qualificare il rapporto sostanziale dedotto in giudizio. Invero, è pacifico in giurisprudenza che la fornitura da parte del vettore di *containers* impiegati per lo stivaggio delle merci dà vita ad un contratto di locazione, distinto ed autonomo dal contratto di trasporto, seppur ad esso funzionalmente collegato (cfr. Cass., n. 12888/2009, e più di recente Trib. Genova, n. 1771/2022).

Nel caso in esame, il contratto di trasporto ed il collegato contratto di locazione risultano pacificamente conclusi dai soggetti H e G&G, ancorché G&G abbia operato per mezzo di uno spedizioniere (B S.p.a.) che in realtà altri non è che un semplice mandatario con rappresentanza. Invero, lo spedizioniere agisce in nome proprio (art. 1737 c.c.) mentre nel caso in esame è stato speso il nome del caricatore/mittente G&G, ciò che rende B S.p.a. un mero mandatario con rappresentanza (cfr. Cass., n. 15186/2004).

Quanto sopra emerge dalla polizza di carico prodotta in atti (sub. doc. 1, parte attrice).

In particolare, nonostante la polizza sia ordinariamente la prova principale dell'esistenza del contratto di trasporto, nel caso di specie detto documento è perfettamente idoneo a provare la conclusione (anche) del contratto di locazione *containers*, visto l'espresso riferimento contenuto nella polizza. Del resto, nel retro della polizza è presente un riferimento alle «*Carrier's applicable tariff(s)*» riguardanti, tra l'altro, sia la *detention* che le *demurrages*, ciò che conferma a maggior ragione l'intervenuta conclusione fra le parti di un contratto di locazione, atteso che i costi di cd. «*prolungata giacenza*» si riferiscono ai *containers*.

Ciò posto, le domande proposte da H sono fondate e meritano accoglienza, nei termini che seguono.

Nel dettaglio, ai fini della risoluzione della controversia occorre chiedersi su quale soggetto ricada l'obbligo di corrispondere al locatore (vettore) i costi di prolungata giacenza. Astrattamente, l'alternativa ricade su caricatore e spedizioniere, ma sul punto risulta pacifico che detti costi gravino esclusivamente sul caricatore. Invero, secondo un consolidato principio giurisprudenziale che questo Giudice condivide, la scelta della collocazione della merce in *containers* rientra nella discrezionalità del mittente, in base ad una valutazione che esso fa sia in ordine ai costi che alla conservazione della merce, ed è estranea alle cd. operazioni accessorie (Cass., n. 4900/2011).

Nel caso in esame il principio sopra riportato porta ad escludere che le conseguenze della prolungata giacenza debbano ricadere su B S.p.a.; ciò a maggior ragione se si considera che, come visto, detto soggetto ha operato come mero mandatario con rappresentanza.

Per contro, le conseguenze della prolungata giacenza gravano esclusivamente sul locatore, vale a dire sul mittente e caricatore della merce e dunque su G&G.

Nessun altro soggetto assume rilevanza ai fini della presente decisione; né E S.r.l., salvo quanto si dirà in seguito per un limitato periodo della giacenza, né i soggetti a vario titolo menzionati negli scritti di parte, né infine il soggetto cui E intendeva estendere il contraddittorio, dal momento che unico interlocutore di H risulta essere (almeno finché non è sorta la problematica relativa alla ripresa dei rifiuti) esclusivamente G&G.

Invero, è documentalmente provato che la società attrice abbia intrattenuto rapporti solo con G&G, ancorché in parte mediati da B S.p.a., senza che nei confronti di H sia stato speso alcun nome diverso ed ulteriore rispetto a quello di G&G.

Il fatto che G&G abbia operato, com'è stato affermato, quale mera «mediatrice» di E non risulta invero rilevante, non avendo G&G speso il nome di E nei confronti di H. L'eventuale esistenza di un rapporto di mandato (senza rappresentanza) fra G&G ed E o ancora fra G&G ed un altro soggetto, a sua volta mandatario di E, non incide dunque sui rapporti fra G&G ed H, in forza di quanto disposto dall'art. 1705, 1° comma, c.c., ed in combinato disposto con l'art. 25, 5° comma, Reg. CE/1013/2006 sulla spedizione dei rifiuti, che in tema di spese per la ripresa dei rifiuti in caso di spedizione illegale «*lascia impregiudicate le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di responsabilità*» (nel caso che ci occupa: contrattuale e non contrattuale nei confronti di H).

D'altra parte, ciò non impedisce a G&G di agire in regresso, nei confronti di colui che risulterà essere il di lei mandante, per il risarcimento del danno subito a causa dell'incarico, come espressamente ammesso ex art. 1720, 2° comma, c.c., nonché in forza della ripartizione delle spese sancita dal citato Reg. 1013/2006, il quale individua una gerarchia ben precisa fra i soggetti che producono e/o raccolgono e/o commercia i rifiuti (cfr. art. 2, 15° comma, e art. 25, 3° comma, lett. a), Reg. cit.). In punto *quantum*, l'attrice ha richiesto il pagamento delle seguenti somme:

- a) Euro 84.600,00 per costi di deposito delle merci per cui è causa, anticipati per loro conto dalla ricorrente al terminal VTE di Genova;
- b) Euro 234.900,00 per costi di *demurrage/detention* dei *containers*; Per un totale pari ad euro 319.500,00.

Con riferimento ai costi sub. a) (documentati e provati sub. doc. 11 e 12 da H) gli stessi devono essere riconosciuti all'at-

trice a titolo di danno emergente, in quanto rappresentano la conseguenza immediata e diretta del rientro del carico nel Porto di Genova.

Del danno dovranno rispondere, in solido e secondo la ripartizione proporzionale che si indicherà più avanti, entrambe le convenute; tuttavia, per completezza sistematica tale aspetto verrà trattato più avanti, dopo aver analizzato il merito della controversia riguardante i costi di giacenza (*detention e demurrages*). Con riferimento invece ai costi sub. b), bisogna invece preliminarmente osservare quanto segue. Nel concludere il contratto di locazione *containers* (ed il collegato contratto di trasporto) con H, G&G si è vincolata agli obblighi discendenti dal contratto di locazione in oggetto ed in particolare alle tariffe riportate sulla polizza (cfr. prod. 1, pag. 2, Parte Attrice) ed altresì indicate dall'art. 2 dei termini e condizioni stampate sul retro della polizza (prodote sub. doc. 17 da parte attrice).

Su questa base non può quindi dirsi che dette tariffe non fossero conosciute, in quanto le stesse erano e sono indicate sulla polizza.

Peraltro, anche laddove dette tariffe non fossero state allegate alla polizza unitamente ai termini e alle condizioni, in ogni caso l'art. 2 fa espressamente salva la possibilità di richiedere una copia di dette tariffe (in relazione alle quali si precisa che dette stesse sono «obtainable from Carrier»). Qualora G&G avesse omesso di ottenere tale copia, ciò avrebbe pertanto integrato un difetto di diligenza idoneo a rendere efficaci nei suoi confronti, ex art. 1341 c.c., le condizioni generali di contratto in cui le tariffe di *demurrages* e *detention* sono ricomprese, essendo costi standard e tipici di una locazione container collegata ad un trasporto.

Ciò posto, i costi di *detention e demurrages* devono essere riconosciuti a parte attrice a titolo di lucro cessante, per il mancato utilizzo dei *containers*. Nel dettaglio, parte attrice ha applicato la tariffa di euro 150 al giorno, senza dunque contare i giorni di *free time* e la tariffa inferiore prevista dal sesto al quindicesimo giorno; ciò correttamente, atteso che la data del 6.01.2018 non è la data di decorrenza iniziale della giacenza bensì una data di prosecuzione della stessa, posto che fino alla data del 5.01.2018 H aveva già ricevuto i costi di *detention e demurrages*.

Quanto alle date finali queste sono state indicate da parte attrice sub. doc. 19, allegato alla II memoria ex art. 183 e al quale si rinvia. A tal proposito, occorre osservare che in relazione al predetto documento non sono state avanzate contestazioni e dunque il periodo di giacenza (qui inteso in senso lato, comprensivo cioè anche del periodo di *detention* intercorrente fra l'uscita dal porto e l'effettiva riconsegna dei *containers*) deve ritenersi pacifico.

Dal conteggio dei costi di *demurrages* va invece necessariamente escluso il periodo intercorrente tra il 10.4.2018 e il 08.6.2018, ossia fra le due date, rispettivamente, del sequestro e del dissequestro della merce in parola (cfr. pag. 4, atto introduttivo).

Invero, sul punto occorre ribadire che le tariffe di prolungata giacenza, riferendosi ad una situazione patologica del contratto (quale la prolungata giacenza per mancata riconsegna), sono qualificabili come clausola penale, e dunque l'importo calcolato su base giornaliera integra a tutti gli effetti ad una voce forfettizzata di risarcimento che è tipica della clausola penale (in tal senso, si veda Trib. Genova, 8 settembre 1990, più direcente Trib. Genova, n. 1771/2022).

A ciò va poi aggiunto che per giurisprudenza pacifica, qui condivisa, la pattuizione della penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, per cui deve escludersi la responsabilità del debitore quando costui prova che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, sia determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a

lui non imputabile, essendo connotato essenziale di tale clausola la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e non potendo, pertanto, essa configurarsi allorché sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile alla parte obbligata (Cass., n. 7180/2012).

Applicando i sopra esposti principi al caso in esame se ne deduce che il periodo di giacenza maturato per via dei 59 giorni durante i quali i *containers* sono stati sottoposti a sequestro non può essere imputato al fatto del conduttore/debitore, non essendo lo stesso responsabile dell'illiceità che caratterizzava il carico e che ha fondato sequestro dello stesso; invero, risulta incontestato che G&G non fosse il produttore del rifiuto.

Conseguentemente, moltiplicando la tariffa giornaliera (150 euro) per i giorni di sequestro (59) e per il numero dei *containers* (9) si ricava una somma, pari ad euro 79.650,00, che va necessariamente scomputata dall'importo di cui al punto b), pari ad euro 234.900,00, cosicché l'importo dovuto ad H a titolo di *detention e demurrages* ammonta complessivamente ad euro 155.250,00. A tale importo accedono peraltro gli interessi legali, mentre non è dovuta la rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valuta (Trib. Bergamo, n. 873/2021).

La suddetta somma, complessivamente dovuta ad H a titolo di clausola penale (per prolungata giacenza) non può essere ulteriormente ridotta ex art. 1384.

c) Sul punto occorre premettere che G&G non ha offerto alcun dato diretto a dimostrare la manifesta eccessività della penale giornaliera (ad esempio allegando le voci di bilancio concernenti i costi di manutenzione e ammortamento dei *containers*, pur citati dalla stessa G&G) e che di conseguenza una CTU sul punto risulterebbe del tutto esplorativa. Ciò posto, in ogni caso la somma giornaliera di euro 150 non appare manifestamente eccessiva, considerato che tale importo «decorre» esclusivamente dal sedicesimo giorno di giacenza ed atteso l'interesse di una società di trasporto ad avere i *containers* costantemente a disposizione per l'esercizio della propria attività di impresa.

Analogamente, la somma in questione non può poi essere ulteriormente ridotta ex art. 1227 c.c., in quanto la clausola penale non può essere ridotta per effetto della disposizione di cui all'art. 1227 c.c. che prevede il concorso del fatto colposo del creditore, dal momento che la clausola penale, quale mezzo di liquidazione preventiva del danno in misura quantitativamente determinata, esclude la possibilità di qualsiasi prova di danno maggiore o minore (Cass., n. 2749/1980).

Quanto esposto finora non esclude che dei costi di giacenza relativi al predetto periodo di sequestro non debba rispondere alcun soggetto, posto che i 59 giorni in questione (come, del resto, l'intera giacenza) hanno cagionato un danno ad H.

Ebbene, di tale danno non potrà che rispondere la società E, a titolo di illecito aquiliano, come da apposita domanda proposta dall'attrice; invero, è pacifico che il carico stivato nei *containers* e poi sottoposto a sequestro sia stato prodotto o comunque raccolto da E (cfr. pag. 5, Comparsa conclusionale E, dove si parla di «rifiuti [...] prodotti presso il proprio insediamento produttivo di Orbassano»). Ciò si pone in piena conformità con il titolo di responsabilità (contrattuale) di cui invece è stata chiamata a rispondere G&G. Invero, nel momento in cui i *containers* hanno fatto ritorno al porto di Genova, ed ivi sono rimasti in giacenza, non aveva alcun rilievo quale fosse il loro contenuto, posto che l'unico elemento di rilievo consisteva nel fatto che G&G non si stesse adoperando per consentire ad H di rientrare nella disponibilità dei *containers*, rendendosi in tal modo inadempiente al contratto di locazione.

Diversamente, nei 59 giorni oggetto di sequestro, il danno conseguenza consistente nella giacenza è maturata proprio in

virtù del contenuto (ritenuto illecito) dei *containers*, e dunque a causa di una condotta (la produzione del carico) diversa ed autonoma, che si è sovrapposta all'inadempimento di G&G ed ha, limitatamente al periodo di sequestro, interrotto il nesso di causalità fra l'inadempimento di G&G e l'evento dannoso patito da H.

Ciò spiega perché la giacenza intermedia dovuta al sequestro deve essere imputata ex art. 2043 c.c. ad E.

Con riferimento all'importo del risarcimento, sebbene E non sia parte del contratto di locazione - e come tale non risulti dunque assoggettata alle tariffe di giacenza - d'altra parte dette tariffe possono essere utilizzate come base per il calcolo del *quantum* risarcitorio, ed in particolare per un calcolo di tipo equitativo ex artt. 1226, 2056 c.c.

Conclusivamente, alla luce di quanto sopra, E dovrà essere condannata a versare all'attrice la somma di euro 79.650,00, cui accedono sia gli interessi legali sia la rivalutazione monetaria (che il giudice può riconoscere anche d'ufficio: *cf.* Cass., n. 6711/2021) trattandosi di somma corrisposta a titolo di risarcimento del danno extracontrattuale e dunque di debito di valore.

Esaurita la trattazione riferita ai costi di giacenza, può ora tornarsi ad analizzare i costi sopra indicati sub. a), relativi al *port storages*, e di cui l'Attrice ha chiesto il risarcimento per euro 84.600,00.

Come già indicato, detti costi devono essere riconosciuti all'attrice a titolo di danno emergente, ed il relativo risarcimento deve essere posto a carico delle convenute in solido fra loro, secondo la ripartizione proporzionale già utilizzata con riferimento ai costi di giacenza (e fondata sulla scorporazione dal periodo complessivo dell'intermedio periodo di sequestro). Valgono, invero, le stesse considerazioni svolte in relazione alla giacenza; ciò vale a dire che il danno in questione è imputabile in parte a G&G, nella veste di caricatrice e dunque di controparte contrattuale di H, ed in altra parte a E, in qualità di soggetto terzo produttore di un carico poi sottoposto a sequestro nel periodo più volte indicato.

In termini numerici, atteso che il periodo di giacenza imputato ad E rappresenta 1/3 del periodo complessivo, lo stesso frazionamento deve essere applicato anche ai costi del terminal, con la conseguenza che G&G dovrà essere condannata a corrispondere all'attrice la somma di euro 56.400,00 mentre E la somma di euro 28.200,00.

Quanto, infine, alla domanda riconvenzionale di risarcimento danni trasversalmente proposta da E nei confronti di G&G, questa non può essere accolta. In particolare, E ha avanzato detta domanda sul presupposto della sussistenza di inadempimenti asseritamente imputabili sia a G&G ed a soggetti terzi e non parte di questo procedimento. Conseguentemente, E ha chiesto il risarcimento del danno illecito consistente negli importi pagati ad una serie di soggetti a saldo di specifiche fatture.

Premesso che non è stato provato quale sarebbe il nesso fra i pretesi inadempimenti (dei quali, peraltro, non tutti sono riconducibili a G&G) e il pagamento di queste fatture, e premesso altresì che G&G non aveva alcun rapporto contrattuale con E, in ogni caso si può osservare quanto segue.

Dagli atti di parte emerge che una delle principali condotte addebitate a G&G consiste nella modifica "unilaterale" del destinatario del carico. Ebbene, tale aspetto risulta irrilevante, atteso che il carico è stato rifiutato in quanto non conforme alla normativa cinese e dunque oggetto di "importazione proibita" (*cf.* doc. 12, E).

Ciò significa che, trattandosi di carico proibito, lo stesso sarebbe stato rifiutato a prescindere da quale fosse il destinatario ed a prescindere dall'utilizzo di un codice doganale

piuttosto che un altro: nel doc. 12 sopra citato non si rinviene invero alcun elemento diretto a dimostrare che il carico sia stato rifiutato a causa di un errore di codice. Piuttosto, il carico è stato rifiutato esclusivamente per la sua composizione, com'è anche facilmente intuibile dal fatto che i *containers* siano stati aperti e fotografati all'interno.

Peraltro, non può accordarsi rilevanza nemmeno alla ricostruzione, offerta da E, secondo cui G&G avrebbe modificato unilateralmente il destinatario della spedizione "all'insaputa di E": ciò è pacifico se si considera che, come affermato dalla stessa E (*cf.* pag. 9, *pt.* ii), Comparsa Conclusionale E) G&G intratteneva rapporti contrattuali esclusivamente con soggetti terzi.

Da ciò consegue che non può essersi verificata una situazione in cui E ha indicato a G&G un certo destinatario e G&G lo ha modificato: semmai, una siffatta modifica può essere contestata dai soggetti con cui G&G intratteneva rapporti, ma non da E. E ciò ferma restando, in ogni caso, l'osservazione circa l'irrilevanza dell'indicazione di un destinatario piuttosto che un altro, atteso che la natura illecita del carico (generato, giova ribadirlo) da E, avrebbe in ogni caso condotto al respingimento dello stesso.

Spese di lite.

Le spese di lite seguono la soccombenza, e si liquidano come da prospetto che segue, avendo come riferimento l'importo della condanna (...*Omissis*...)

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni ulteriore domanda ed istanza ed ogni contraria eccezione reietta, visti gli artt. 275 e ss, 281-*quinquies*, comma 1 del c.p.c.: condanna G&G a corrispondere a H la somma di euro 211.650,00, oltre interessi dalla domanda al saldo; condanna E a corrispondere a H la somma di euro 107.850,00, oltre interessi dalla domanda al saldo e rivalutazione monetaria; rigetta la domanda proposta da E nei confronti di G&G; condanna G&G a corrispondere a H le spese di lite per euro 9.010,00, oltre IVA, CPA e spese generali come per legge; condanna E a corrispondere a H la somma di euro 7.795,00, oltre IVA, CPA e spese generali come per legge; condanna E a corrispondere a G&G la somma di euro 7.795,00, oltre IVA, CPA e spese generali come per legge (...*omissis*...).

(1-3) Trasporto marittimo e locazione di containers: profili di responsabilità tra inadempimento contrattuale e lesione del credito.

Sommario: 1. *Introduzione.* - 2. *I fatti di causa.* - 3. *Il valore probatorio della polizza di carico.* - 4. *La legittimazione passiva delle convenute.* - 5. *Quantificazione ed imputazione del danno.* - 6. *La natura giuridica delle controstellie.* - 7. *La tacita adesione alle Sezioni Unite n. 2022, n. 13143.* - 8. *Il nesso causale.* - 9. *Conclusione.*

1. Introduzione.

La sentenza del Tribunale di Genova n. 1925/2022 è meritevole d'interesse in quanto non solo si sofferma sul rapporto tra i contratti di trasporto marittimo e locazione di container, ma indaga anche l'incidenza della responsabilità del produttore di rifiuti sul nesso di causalità.

2. I fatti di causa.

La società H trasportava presso il porto cinese di Ningbo nove containers di sua proprietà contenenti gomma vulcanizzata.

H forniva i containers alla convenuta G&G, la quale provvedeva a caricarli presso il porto di Genova.

Giunti a destinazione, le autorità cinesi rilevavano la non conformità del carico rispetto a quanto dichiarato in polizza: data la difformità della merce rispetto alla normativa doganale cinese, le stesse vietavano lo sbarco della merce.

Il carico faceva dunque ritorno al porto di Genova: qui maturavano ulteriori costi di storage (*detention e demurrages*), anche a causa del sequestro del carico nel frattempo disposto dall'autorità giudiziaria italiana.

Di detti costi (pari nel complesso a € 319.500,00) H chiedeva dunque il ristoro, citando in giudizio la caricatrice G&G e la società E: la prima, infatti, in sede stragiudiziale aveva già indicato quest'ultima come reale responsabile del carico.

Costituitasi in giudizio, G&G ribadiva di aver agito come mera mandataria di E, ossia della società generatrice della merce - poi rivelatasi un carico di rifiuti - e come tale unica responsabile delle vicende ad essa collegate.

Chiedeva, pertanto, il rigetto delle pretese attoree, sul presupposto del difetto di legittimazione passiva.

In subordine, domandava la riduzione del quantum preteso da H, anche sulla base delle risultanze di un'eventuale istruttoria a mezzo di CTU.

Costituitasi in giudizio anche la E, quest'ultima eccepiva, a sua volta, il proprio difetto di legittimazione passiva.

Nel merito, la seconda convenuta chiedeva il rigetto delle pretese attoree ed invocava in ogni caso l'estensione del contraddittorio ad altra società, cui E avrebbe in origine richiesto di organizzare il trasporto della merce.

Proponeva, inoltre, domanda riconvenzionale trasversale di risarcimento del danno nei confronti di G&G.

Ancora, in via di estremo subordine, si chiedeva quantomeno la riduzione ex art. 1384 c.c. dell'importo giornaliero della somma dovuta a titolo di *demurrages*.

Disposta la conversione del rito e concessi i termini per le memorie ex art. 183 c.p.c., nonché per le comparse conclusionali e relative repliche, all'udienza del 25.02.2022 il Giudice tratteneva la causa in decisione.

3. Il valore probatorio della polizza di carico.

In via preliminare, il giudice genovese si sofferma sulla qualificazione del negozio contrattuale azionato in giudizio, precisando, in particolare, il rapporto intercorrente tra il contratto di trasporto marittimo e la fornitura di containers. Sul punto, la sentenza si adegua a quanto già precedentemente statuito (Trib. Genova, 1771/2022) e, aderendo al consolidato orientamento della Corte di Cassazione (12888/2009), sottolinea come *“la fornitura da parte del vettore di containers, impiegati per lo stivaggio delle merci, dà vita ad un contratto di locazione, distinto ed autonomo dal contratto di trasporto, seppur ad esso funzionalmente collegato”*: non si avrebbe, dunque, un'ipotesi di contratto misto, bensì una mera interdipendenza tra le prestazioni dedotte in due differenti contratti, sia pur strumentali al soddisfacimento di un medesimo interesse comune alle parti.

Nel caso di specie, i contratti di trasporto e di locazione sono stati stipulati dalla H e da G&G, la quale si è avvalsa di una terza società spedizioniere (B s.p.a.), la cui attività -secondo la pronuncia in oggetto- avrebbe dato luogo ad un mandato con rappresentanza.

Infatti, se, in generale, lo spedizioniere agisce in nome proprio (art. 1737 c.c.), nel caso in esame è stato speso il nome del caricatore/mittente G&G: da ciò il Tribunale di Genova riconosce in B s.p.a. un mero mandatario con rappresentanza,

con ciò seguendo quanto affermato dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 15186/2004.

A conferma di quanto così esposto, la sentenza richiama anche il contenuto della polizza di carico, la cui rilevanza probatoria è, nella controversia qui risolta, duplice: non solo dalla stessa risulta a chiare lettere la spendita del nome del mandante da parte dello spedizioniere, ma la stessa attesta anche l'intervenuta stipula del contratto di locazione dei containers. Nella sentenza, nello specifico, si legge che: *“nonostante la polizza sia ordinariamente la prova principale dell'esistenza del contratto di trasporto, nel caso di specie detto documento è perfettamente idoneo a provare la conclusione (anche) del contratto di locazione containers, visto l'espresso riferimento contenuto nella polizza”* ben espresso dal fatto che *“nel retro della polizza è presente un riferimento alle «Carrier's applicable tariff(s)» riguardanti, tra l'altro, sia la detention che le demurrages, ciò che conferma a maggior ragione l'intervenuta conclusione fra le parti di un contratto di locazione, atteso che i costi di cd. “prolungata giacenza” si riferiscono ai containers”*.

4. La legittimazione passiva delle convenute.

Evidenziata l'autonomia tra i contratti di trasporto e di locazione dei containers, la sentenza si sofferma sull'individuazione del soggetto gravato dai costi di prolungata giacenza.

“Astrattamente -precisa la pronuncia- l'alternativa ricade su caricatore e spedizioniere, ma sul punto risulta pacifico che detti costi gravino esclusivamente sul caricatore” considerato che *“secondo un consolidato principio giurisprudenziale che questo Giudice condivide, la scelta della collocazione della merce in containers rientra nella discrezionalità del mittente, in base ad una valutazione che esso fa sia in ordine ai costi che alla conservazione della merce ed è estranea alle cd. operazioni accessorie (Cass. 4900/2011)”*.

Ribadito la qualificazione di B s.p.a. come mandatario con rappresentanza, non residua che la posizione del mittente, ovvero G&G, che qui ha operato quale mittente e caricatore della merce.

Tale conclusione è suffragata dalle risultanze istruttorie, da cui si apprende che *“unico interlocutore di H risulta essere... esclusivamente G&G”* essendo *“documentalmente provato che la società attrice abbia intrattenuto rapporti solo con G&G, ancorché in parte mediati da B s.p.a., senza che nei confronti di H sia stato speso alcun nome diverso ed ulteriore rispetto a quello di G&G”*.

Né l'esistenza di un mandato senza rappresentanza tra le convenute o tra G&G ed un soggetto terzo avrebbe potuto indurre a conclusioni differenti, atteso che l'art. 1705, co. 1 c.c. è chiaro nell'affermare che *“il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato”*.

A maggior ragione non si può nemmeno invocare il Reg. CE/1013/2006 sulla spedizione dei rifiuti, il cui art. 25, co. 5, in tema di spese per la ripresa dei rifiuti in caso di spedizione illegale, *“lascia impregiudicate le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di responsabilità”* (nel caso che ci occupa: contrattuale e non contrattuale nei confronti di H).

Ad ogni modo, il Tribunale genovese sottolinea, tuttavia, che quanto sopra esposto non preclude a G&G l'azione in regresso nei confronti del proprio eventuale mandante, dato il combinato disposto tra gli artt. 1720, co. 2 c.c. ed il citato Reg. 1013/2006, *“il quale individua una gerarchia ben precisa fra i soggetti che producono e/o raccolgono e/o commerciano i rifiuti (cfr. art. 2, co. 15 ed art. 25, co. 3, lett. a), Reg. cit.)”*.

5. Quantificazione ed imputazione del danno.

La H ha agito in giudizio per il risarcimento del danno, quantificato in € 84.600,00 per costi di deposito delle merci e 234.900,00 per costi di *demurrage/detention* dei containers, per complessivi € 319.500,00.

Con riferimento ai primi, gli stessi devono essere riconosciuti all'attrice a titolo di danno emergente, *"in quanto rappresentano la conseguenza immediata e diretta del rientro del carico nel Porto di Genova"*.

Con riferimento ai costi di controstallia, la sentenza osserva preliminarmente quanto segue.

Nel concludere il contratto di locazione containers ed il collegato contratto di trasporto con H, G&G si è vincolata agli obblighi discendenti dal contratto di locazione in oggetto e, in particolare, alle tariffe riportate sulla polizza, indicate dall'art. 2 dei termini e condizioni stampate sul retro della stessa: di conseguenza, considerato che la clausola summenzionata fa salva la possibilità di richiedere una copia delle dette tariffe («obtainable from Carrier»), G&G conosceva le tariffe.

Da quanto sopra la sentenza deriva che: *"qualora G&G avesse ommesso di ottenere tale copia, ciò avrebbe pertanto integrato un difetto di diligenza idoneo a rendere efficaci nei suoi confronti, ex art. 1341 c.c., le condizioni generali di contratto in cui le tariffe di demurrages e detention sono ricomprese, essendo costi standard e tipici di una locazione container collegata ad un trasporto"*.

In conclusione, i costi di *detention* e *demurrages* devono essere riconosciuti a parte attrice a titolo di lucro cessante, per il mancato utilizzo dei containers.

6. La natura giuridica delle controstallie.

Nel dettaglio, parte attrice ha applicato la tariffa di euro 150 al giorno, senza dunque contare i giorni di *free time* e la tariffa inferiore prevista dal sesto al quindicesimo giorno; ciò correttamente, atteso che la data del 6.01.2018 non è la data di decorrenza iniziale della giacenza, bensì una data di prosecuzione della stessa, posto che fino alla data del 5.01.2018 H aveva già ricevuto i costi di *detention* e *demurrages*.

Precisato che, in mancanza di contestazioni sul punto, è pacifico il periodo di giacenza, la sentenza statuisce che *"dal conteggio dei costi di demurrages va invece necessariamente escluso il periodo intercorrente tra il 10.4.2018 e il 08.6.2018, ossia fra le due date, rispettivamente, del sequestro e del dissequestro della merce in parola"*: questo perché *"le tariffe di prolungata giacenza, riferendosi ad una situazione patologica del contratto (quale la prolungata giacenza per mancata riconsegna), sono qualificabili come clausola penale e dunque l'importo calcolato su base giornaliera integra a tutti gli effetti ad una voce forfettizzata di risarcimento che è tipica della clausola penale (in tal senso, si veda Trib. Genova 8.09.1990, più di recente Trib. Genova 1771/2022)"*.

Le controstallie, pertanto, sono clausole penali, ovvero liquidazioni convenzionali, anticipate e vincolanti del danno subito.

Più nello specifico, la sentenza precisa che *"la pattuizione della penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, per cui deve escludersi la responsabilità del debitore quando costui prova che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, sia determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, essendo connotato essenziale di tale clausola la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e non potendo, pertanto, essa configurarsi allorché sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile alla parte obbligata (Cass. 7180/2012)"*.

Logica conseguenza di quanto esposto è che il periodo di giacenza, maturato per via dei 59 giorni durante i quali i contai-

ners sono stati sottoposti a sequestro, non può essere imputato al fatto del conduttore/debitore, non essendo lo stesso responsabile dell'illiceità che caratterizzava il carico e che ha fondato il sequestro dello stesso, essendo incontestato che G&G non fosse il produttore del rifiuto.

A queste statuizioni, il Tribunale di Genova fa seguire la quantificazione della penale: moltiplicando la tariffa giornaliera (150 euro) per i giorni di sequestro (59) e per il numero dei containers (9) si ricava una somma, pari ad euro 79.650,00, che va necessariamente scomputata dall'importo di euro 234.900,00, cosicché l'importo dovuto ad H a titolo di *detention* e *demurrages* ammonta complessivamente ad euro 155.250,00.

A tale importo accedono, inoltre, gli interessi legali, non essendo dovuta la rivalutazione monetaria, in quanto debito di valuta (sul punto, la pronuncia richiama la recente giurisprudenza di merito e, in particolare, il Trib. Bergamo 873/2021). Per quanto attiene, invece, all'istanza di equa riduzione della penale, essa è rigettata dal giudice genovese, considerato che *"G&G non ha offerto alcun dato diretto a dimostrare la manifesta eccessività della penale giornaliera (ad esempio allegando le voci di bilancio concernenti i costi di manutenzione e ammortamento dei containers, pur citati dalla stessa G&G) e che di conseguenza una CTU sul punto risulterebbe del tutto esplorativa"*. In aggiunta, secondo la sentenza qui annotata, *"la somma giornaliera di euro 150 non appare manifestamente eccessiva, considerato che tale importo "decorre" esclusivamente dal sedicesimo giorno di giacenza ed atteso l'interesse di una società di trasporto ad avere i containers costantemente a disposizione per l'esercizio della propria attività di impresa"*.

Rifacendosi ad un risalente, ma mai sconfessato, precedente della Corte di Cassazione (Cass. 2749/1980), la sentenza precisa come la somma in questione non possa essere ulteriormente ridotta ex art. 1227 c.c. *"in quanto la clausola penale non può essere ridotta per effetto della disposizione di cui all'art. 1227 c.c. che prevede il concorso del fatto colposo del creditore, dal momento che la clausola penale, quale mezzo di liquidazione preventiva del danno in misura quantitativamente determinata, esclude la possibilità di qualsiasi prova di danno maggiore o minore"*.

Dei costi di giacenza durante il periodo di sequestro, pertanto, dovrà rispondere, a titolo di illecito aquiliano, la società E, in quanto è pacifico che il carico stivato nei containers e poi sottoposto a sequestro sia stato prodotto o comunque raccolto dalla stessa.

7. La tacita adesione alle Sezioni Unite n. 2022, n. 13143.

Alla responsabilità aquiliana di E, però, si aggiunge anche quella contrattuale di G&G.

Nel momento in cui i containers hanno fatto ritorno al porto di Genova (dove poi sono rimasti in giacenza), infatti, non aveva alcun rilievo quale fosse il loro contenuto: rilevante era solo il fatto che G&G non si stesse adoperando per consentire ad H di rientrare nella disponibilità dei containers, così rendendosi inadempiente al contratto di locazione. Diversamente, nei 59 giorni oggetto di sequestro, il danno conseguenza consistente nella giacenza è riconducibile al contenuto (ritenuto illecito) dei containers e, dunque, ad una condotta (la produzione del carico) *"diversa ed autonoma, che si è sovrapposta all'inadempimento di G&G ed ha, limitatamente al periodo di sequestro, interrotto il nesso di causalità fra l'inadempimento di G&G e l'evento dannoso patito da H"*.

Ciò spiega perché la giacenza intermedia dovuta al sequestro deve essere imputata ex art. 2043 c.c. ad E.

Quanto così deciso è coerente con il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 2022, n. 13143.

Chiamate a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 2055 c.c. (nello specifico, si trattava della responsabilità solidale per il risarcimento del danno da perdita dei capitali fiduciariamente conferiti in una società poi fallita e soggetta alla vigilanza del Mise) il supremo organo nomofilattico ha pronunciato il seguente principio di diritto: *“ai fini della responsabilità solidale di cui all'art. 2055, comma 1, c.c., norma sulla causalità materiale integrata nel senso dell'art. 41 c.p., è richiesto solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e siano diversi i titoli di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), in quanto la norma considera essenzialmente l'unicità del fatto dannoso, riferita unicamente al danneggiato, senza intenderla come identità delle norme violate; la fattispecie di responsabilità implica che sia accertato, caso per caso, il nesso di causalità tra le condotte, in modo da potersi escludere se a uno degli antecedenti causali possa essere riconosciuta efficienza determinante e assorbente tale da escludere il nesso tra l'evento dannoso e gli altri fatti ridotti al semplice rango di occasione”*.

Nel caso di specie, dunque, pur a fronte di titoli di responsabilità differenti (aquiliano per E e contrattuale per G&G), la pretesa risarcitoria azionata da H si fonda su un fatto storico unitario, ovvero la giacenza in porto della merce, dapprima rifiutata dalle autorità cinesi e successivamente sottoposta a sequestro penale.

Da ultimo, per quanto attiene alla determinazione equitativa del danno (artt. 1226-1256 c.c.), il giudice genovese applica come parametro di riferimento le tariffe di giacenza: atteso che il periodo di giacenza imputato ad E rappresenta 1/3 di quello complessivo, lo stesso frazionamento viene applicato anche ai costi del terminal.

8. Il nesso causale.

In merito alla domanda riconvenzionale trasversale di risarcimento danni, proposta da E, la stessa è rigettata.

Dagli atti di parte, infatti, emerge che la principale condotta addebitata a G&G consisterebbe nella modifica *“unilaterale”* del destinatario del carico.

Ciò risulta però irrilevante, visto e considerato che il carico è stato rifiutato dalle autorità cinesi, in quanto in contrasto con la normativa doganale del Paese di destino e, dunque, oggetto di *“importazione proibita”*.

Ne deriva che lo stesso sarebbe stato rifiutato a prescindere dalla soggettività del destinatario e del codice doganale di riferimento (*ex actis*, non si rinviene invero alcun elemento diretto a dimostrare che il carico sia stato rifiutato a causa di un errore di codice).

Al contrario, il carico è stato rifiutato esclusivamente per la sua composizione, con ciò risultando irrilevante la ricostruzione offerta da E, secondo cui G&G avrebbe modificato unilateralmente il destinatario della spedizione all'insaputa della prima: ciò è, infatti, pacifico se si considera che, come affermato dalla stessa E, G&G intratteneva rapporti contrattuali esclusivamente con soggetti terzi.

Ne consegue che una siffatta modifica potrebbe essere al più contestata dai soggetti con cui G&G intratteneva rapporti, ma non da E.

Le considerazioni così richiamate dal giudice genovese rimangono, comunque, assorbite dalla natura illecita del carico (generato da E), da cui sarebbe in ogni caso derivato il respingimento alla dogana di destino.

9. Conclusione.

La sentenza del Tribunale di Genova n. 1925/2022 assume, dunque, un ruolo di primo piano nel settore del diritto marittimo: il Giudice genovese, infatti, non solo ha risolto problemi tipici del diritto marittimo, ma lo ha fatto fornendo una soluzione sistematicamente coerente, rispettosa del dato normativo ed attenta alla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite sulla responsabilità solidale ex art. 2055 c.c., il tutto offrendo agli operatori del settore parametri utili per la determinazione equitativa del danno.

Dott. Gabriele Fazzeri

Corte di Cassazione, ord., 9 gennaio 2023, n. 1107.

Conferma Corte d'Appello di Genova, 11 novembre 2020.

DIRITTI d'autore - protezione - requisiti - originalità e creatività - espressione di personalità dell'autore - necessità - sussiste nel caso di specie.

La protezione del diritto d'autore postula il requisito dell'originalità e della creatività, consistente non già nell'idea che è alla base della sua realizzazione, ma nella forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, presupponendo che l'opera rifletta la personalità del suo autore, manifestando le sue scelte libere e creative; la consistenza in concreto di tale autonomo apporto forma oggetto di una valutazione destinata a risolversi in un giudizio di fatto, come tale sindacabile in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione (confermato, nella specie, il risarcimento in favore di un architetto per l'utilizzo non autorizzato da parte della RAI di un'opera digitale quale scenografia di uno spettacolo televisivo; l'immagine oggetto del processo non era una semplice riproduzione di un fiore, ma ne comportava una vera e propria rielaborazione, perciò meritevole di tutela autorale per il suo carattere creativo).

(...Omissis...) **Fatti di causa.**

1. Con atto di citazione notificato il 18.7.2018 l'architetto B. ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Genova la Rai-Radiotelevisione Italiana s.p.a. (di seguito semplicemente RAI), assumendo di essere la creatrice dell'opera grafica *«The scent of the night»*, lamentando la violazione del proprio diritto d'autore sull'opera, utilizzata dalla RAI come scenografia fissa per il Festival di Sanremo del 2016, e chiedendo il risarcimento del danno, la rimozione del programma dal sito internet della RAI e la pubblicazione della sentenza.

La RAI si è costituita, chiedendo la reiezione delle avversarie domande in quanto infondate.

Il Tribunale di Genova con sentenza del 6.6.2018 ha accertato la paternità dell'opera in capo a B. e la violazione del diritto d'autore ad ella spettante da parte della RAI, ha conseguentemente condannato la RAI al risarcimento del danno, liquidato equitativamente in € 40.000,00, e ha disposto altresì la rimozione del programma dal sito internet e la pubblicazione della sentenza.

Secondo il Tribunale, la titolarità dell'opera poteva essere ricondotta all'attrice sulla base delle stampe dei siti internet da essa prodotte e di una rapida ricerca *on line*, nonché di un libro edito da Mondadori che conteneva l'immagine con l'attribuzione alla B.; l'opera doveva considerarsi creativa; la manifestazione del Festival di Sanremo aveva carattere commerciale; il danno poteva essere liquidato equitativamente in € 20.000,00 per danno emergente e in € 20.000,00 per lucro cessante.

2. Avverso la predetta sentenza di primo grado ha proposto appello la RAI, a cui ha resistito l'appellata B.

La Corte di appello di Genova con sentenza del 11.11.2020 ha respinto il gravame, con aggravio di spese.

La Corte di appello ha ritenuto che numerose prove confermassero l'attribuzione dell'opera alla B., mentre il reperimento dell'immagine su alcuni siti, non accompagnata dall'attribuzione, non fosse significativo; ha ritenuto il carattere creativo dell'opera, del resto valorizzata dalla stessa RAI; ha ritenuto che il Festival di Sanremo, non fosse solo una manifestazione culturale, ma avesse tutti i crismi della commercialità e dello scopo di lucro; ha ritenuto tempestiva la reazione dell'interessata il 12.2.2016 nei confronti del Festival, andato in onda dal 9.2.2016 al 13.2.2016; ha infine confermato come adeguata e proporzionata la liquidazione del danno effettuata in primo grado.

3. Avverso la predetta sentenza, notificata in data 12.11.2020, ha proposto ricorso per cassazione la RAI con atto notificato il 11.1.2021, svolgendo tre motivi.

Con atto notificato il 19.2.2021 ha proposto controricorso B., chiedendo la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto dell'avversaria impugnazione,

Le parti hanno depositato memorie illustrative.

Ragioni della decisione.

4. Con il primo motivo di ricorso, proposto *ex art.* 360, n.4, cod. proc. civ., la ricorrente RAI denuncia nullità della sentenza per motivazione apparente, violazione dell'art.132, comma 1, n.4, c.p.c. dell'art.118 disp. att. c.p.c. e dell'art.111 Cost.

4.1. La RAI assume che la Corte di appello abbia errato nel postulare il carattere creativo dell'immagine senza in alcun modo indicare il ragionamento seguito per la formazione del proprio convincimento e rendere così percepibile il fondamento della decisione.

4.2. In seguito alla riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ., disposta dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012, non è più deducibile quale vizio di legittimità il semplice difetto di sufficienza della motivazione, ma i provvedimenti giudiziari non si sottraggono all'obbligo di motivazione previsto in via generale dall'art. 111, sesto comma, Cost. e, nel processo civile, dall'art. 132, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ.

Tale obbligo è violato qualora la motivazione sia totalmente mancante o meramente apparente, ovvero essa, pur graficamente esistente, risulti del tutto inidonea ad assolvere alla funzione specifica di esplicitare le ragioni della decisione (ad esempio per essere afflitta da un contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili oppure perché perplessa ed obiettivamente incomprensibile) e non renda, così, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche, congetture. e, in tal caso, si concreta una nullità processuale deducibile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. (Sez. L, n. 3819 del 14.2.2020; Sez. 6 - 5, n. 13977 del 23.5.2019; Sez. 6 - 3, n. 22598 del 25.9.2018; Sez. 1, n. 16057 del 18.6.2018; Sez. 3, n. 4448 del 25.2.2014).

4.3. Nel caso di specie la Corte di appello è partita dall'esatta premessa, conforme alla giurisprudenza di questa Corte, secondo il quale in tema di diritto d'autore il concetto giuridico di creatività, cui fa riferimento l'art. 1 della legge n. 633 del 1941, non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, ma si riferisce, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie

elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceva protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore.

Di conseguenza la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia; inoltre, la creatività non è costituita dall'idea in sé, ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, di modo che la stessa idea può essere alla base di diverse opere, che sono o possono essere diverse per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende e che, in quanto tale, rileva ai fini della protezione (Sez. 1, n. 25173 del 28.11.2011; Sez. 1, n. 21172 del 13.10.2011; Sez. 1, n. 20925 del 27.10.2005).

4.4. Nella fattispecie, la Corte di appello ha osservato che l'opera è creativa allorché esprime una idea originale, proveniente solo dall'ispirazione del suo autore e ha confermato la valutazione espressa dal giudice di primo grado, sostenendo che l'immagine non era una semplice riproduzione di un fiore, ma ne comportava una vera e propria rielaborazione, perciò meritevole di tutela autorale per il suo carattere creativo (pag.11, primo periodo).

La Corte di appello, poi, ha rafforzato tale valutazione, dando conto dell'ampia valorizzazione impressa all'opera da parte della stessa RAI in occasione della presentazione della manifestazione alla stampa periodica, volta a porre in risalto il fiore e la sua valenza simbolica facendolo campeggiare sul palco spoglio, invece tradizionalmente addobbato con vere decorazioni floreali. Ha infine considerato quale ulteriore indizio confirmativo il grado di notorietà raggiunto dall'opera sul *web*, dando conto di visualizzazioni, preferenze e commenti.

4.5. La motivazione è pertanto esistente e non meramente apparente e rende ragione del percorso seguito dai giudici genovesi: l'opera non è una semplice riproduzione di un fiore ma una sua rielaborazione; la stessa RAI l'ha implicitamente riconosciuto, valorizzandola in modo accentuato come simbolo della manifestazione; gli utenti hanno reagito positivamente con acquisizione di un buon grado di notorietà.

4.6. V'è ancora da aggiungere che la protezione del diritto d'autore postula il requisito dell'originalità e della creatività, consistente non già nell'idea che è alla base della sua realizzazione, ma nella forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, presupponendo che l'opera rifletta la personalità del suo autore, manifestando le sue scelte libere e creative; la consistenza in concreto di tale autonomo apporto forma oggetto di una valutazione destinata a risolversi in un giudizio di fatto, come tale sindacabile in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione (Sez. 1, n. 10300 del 29.5.2020; Sez. 1, n. 13524 del 13.6.2014; Sez. 1, n. 20925 del 27.10.2005).

5. Con il secondo motivo di ricorso, proposto *ex art.* 360, n.3, cod. proc. civ., la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.2575 e 2576 cod. civ. e agli artt.1,2 e 6 della legge 22.4.1941 n.633.

5.1. La RAI si duole del fatto che la Corte di appello abbia erroneamente qualificato come opera dell'ingegno una immagine generata da un *software* e non attribuibile a una idea creativa della sua supposta autrice.

La ricorrente sostiene che l'opera dell'arch. B. è una immagine digitale, a soggetto floreale, a figura c.d. «frattale», ossia caratterizzata da autosimilarità, ovvero da ripetizione delle sue forme su scale di grandezza diverse ed è stata elaborata da un *software*, che ne ha elaborato forma, colori e dettagli

tramite algoritmi matematici; la pretesa autrice avrebbe solamente scelto un algoritmo da applicare e approvato *a posteriori* il risultato generato dal *computer*.

5.2. Il motivo appare inammissibile, come puntualmente eccepito dalla controricorrente, perché volto a introdurre per la prima volta in sede di legittimità una questione nuova non trattata nel giudizio di merito.

Infatti, secondo giurisprudenza consolidata di questa Corte, qualora una questione giuridica - implicante un accertamento di fatto - non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che la proponga in sede di legittimità, onde non incorrere nell'inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione dinanzi al giudice di merito, ma anche, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, per consentire alla Corte di controllare *ex actis* la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la censura stessa. (Sez. 6 - 5, n. 32804 del 13.12.2019; Sez. 2, n. 2038 del 24.1.2019; Sez. 1, n. 25319 del 25.10.2017; Sez. 2, n. 8206 del 22.4.2016; Sez. 2, n. 7048 del 11.4.2016).

5.3. La questione è nuova perché non risulta trattata nella sentenza impugnata e la stessa ricorrente non indica quando e come l'avrebbe sottoposta al giudice di primo grado e a quello di appello.

Non è certamente sufficiente a tal fine l'ammissione della controparte di aver utilizzato un *software* per generare l'immagine, circostanza questa che, come ammette la stessa ricorrente, è pur sempre compatibile con l'elaborazione di un'opera dell'ingegno con un tasso di creatività che andrebbe solo scrutinato con maggior rigore (cfr. ricorso, pag.17), se, com'è avvenuto nel caso concreto, la RAI non ha chiesto ai giudici di merito il rigetto della domanda per quella ragione. E infatti si sarebbe reso necessario un accertamento di fatto per verificare se e in qual misura l'utilizzo dello strumento avesse assorbito l'elaborazione creativa dell'artista che se ne era avvalsa.

Il motivo deve pertanto essere dichiarato inammissibile, senza la necessità di affrontare in questa sede i temi, per ora inesplorati nella giurisprudenza di questa Corte, della cosiddetta arte digitale (detta anche *digital art* o *computer art*) quale opera o pratica artistica che utilizza la tecnologia digitale come parte del processo creativo o di presentazione espositiva.

6. Con il terzo motivo di ricorso, proposto *ex art.*360, n.4, cod. proc. civ., la ricorrente denuncia nullità della sentenza per violazione degli artt.115 e 116 c.p.c. dell'art.97 disp. att. c.p.c. e dell'art.111 Cost.

6.1. In particolare, la ricorrente si lamenta del fatto che la Corte di appello abbia reputata provata la paternità dell'immagine in capo all'arch. B. sulla base di documentazione estranea al processo e reperita dal giudicante sulla rete telematica di propria iniziativa.

6.2. Secondo la RAI, il giudice si sarebbe sobbarcato, in contrasto con il divieto di utilizzo di scienza privata, una indagine sul *web*, che sarebbe spettata all'attrice, per accertare la riconducibilità dell'opera all'arch. B. sulla base di siti internet di immediato reperimento e di informazioni anteriori al festival di Sanremo del 2016 per cui è causa.

Così facendo, la Corte avrebbe violato sia il divieto di scienza privata, sia il principio di disponibilità delle prove, sia in ultima analisi le regole del giusto processo.

6.3. Il motivo è inammissibile.

La Corte di appello ha fondato il proprio accertamento di fatto sulla paternità dell'opera in capo all'attrice sulla base di una pluralità di prove univocamente convergenti: le stampe

dei siti Internet prodotte dall'attrice (doc.2 e 3), la ricerca *on line* effettuata dal Tribunale, la copertina di un libro edito da Mondadori che riporta l'opera attribuita espressamente a Chiara B. (doc.19 attrice), l'immagine prodotta da RAI e associata allo pseudonimo (Lindelokse) della B. (doc.10 RAI). Fa quindi difetto il requisito della decisività della prova asseritamente illegittimamente acquisita poiché la Corte di appello ha fondato la propria decisione sul punto sulla base di altre tre prove ritenute convergenti.

Né certamente le contestazioni, oltretutto sommamente generiche, di tali altre evidenze probatorie, formulate dalla RAI in nota 3 di pag.20 del ricorso, possono consentire a questa Corte di ingerirsi nell'accertamento di fatto espletato dal giudice di merito e di ribaltarne le conclusioni.

6.4. In secondo luogo, la ricerca *on line* menzionata dalla Corte di appello è stata eseguita dal Tribunale.

Il ricorso non dà assolutamente conto di presupposti e modalità con cui il Tribunale avrebbe condotto la predetta ricerca *on line*, che per quanto è dato sapere ben avrebbe potuto essere condotta nel contraddittorio o su richiesta delle parti o ancora per verificare *de visu* una evidenza probatoria segnalata dalle parti; cosa questa tanto più grave, visto che la controricorrente assume che il Tribunale abbia semplicemente verificato i siti indicati da entrambe le parti (controricorso, pag.39).

Tantomeno la ricorrente dà conto del contenuto della sentenza di primo grado sul punto e riferisce di aver proposto al riguardo un motivo di impugnazione circa l'inammissibilità dell'acquisizione della predetta prova. Il che vizia di inammissibilità il mezzo per non autosufficienza.

7. Il ricorso deve quindi esser complessivamente rigettato (...*omissis*...).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese in favore della controricorrente (...*omissis*...).

Tribunale di Genova, sez. I civ., 7 marzo 2023 - Giudice Unico Bianchi.

OBBLIGAZIONI - investimenti bancari - acquisto di beni durevoli tramite la banca - responsabilità della banca - obblighi di informazione - obblighi del mediatore tipico - responsabilità contrattuale ex art. 1759 c.c. - estensione - criteri.

(Art. 1759 c.c.)

In tema di investimento avente ad oggetto l'acquisto di beni durevoli (nella specie diamanti) eseguito per tramite di un ente bancario da parte del cliente privato, la Banca riveste una posizione del tutto assimilabile a quella del mediatore incaricato della ricerca di un affare qualora ricorra la duplice condizione per cui, in primo luogo, il cliente si sia rivolto ad essa per realizzare tale forma di investimento (o spontaneamente, a seguito di pregresso disinvestimento, o su suggerimento 'offerta' dalla Banca) e, in secondo luogo, risulti un atto scritto tra il venditore dei beni e l'ente creditizio, con cui il primo abbia affidato al secondo l'incarico di vendita dietro la previsione di una provvigione sul valore di acquisto.

Ne consegue che, in tale ipotesi, la Banca è soggetta agli obblighi informativi previsti per il mediatore tipico dall'art. 1759 c.c. e, nello specifico, all'obbligo di comunicare alle parti le circostanze

relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, tali da influire sulla sua conclusione, che siano ad essa non solo conosciute, ma anche facilmente conoscibili; con la precisazione per cui tale conoscibilità andrà valutata sulla scorta della speciale diligenza bancaria, anche in considerazione del fatto che la richiesta dei clienti, inerente all'investimento in beni durevoli, era naturalmente determinata dalla fiducia nella capacità di stima e valutazione della Banca stessa. Donde, qualora la Banca induca o comunque consigli al cliente l'acquisto di beni di investimento ad un prezzo grandemente superiore rispetto a quello di mercato, essa incorre in una responsabilità diretta nei confronti dell'investitore, di natura contrattuale ex art. 1759 c.c., o per non essersi informata circa la congruità del prezzo di acquisto dei beni di investimento, trattandosi di circostanza conoscibile, o per non aver riferito al cliente le concrete condizioni di non convenienza dell'affare proposto, se circostanza conosciuta.

MI.F.

(... Omissis...) **Motivi della decisione.**

Rilevato in fatto e considerato in diritto:

- che l'attore M ha convenuto in giudizio BANCO SPA, allegando l'acquisto, in data 19/03/2008 e 23/03/2011 presso Int spa (di seguito IDB, oggi fallita) e tramite la stessa Banca, di due diamanti da investimento per il prezzo complessivo di Euro 17.896,14 (cfr. docc. 1-2 fasc. att. e doc. 2 fasc. conv.);
- che l'acquisto era stato indotto da funzionari della filiale bancaria, che avevano prospettato tale investimento espressamente come valido, sicuro e senza rischi;
- che, successivamente parte acquirente si avvedeva dell'ingongruità del prezzo dei diamanti compravenduti e della difficile alienabilità degli stessi;
- che quindi l'attore chiede in questo giudizio che sia accertata la responsabilità precontrattuale, contrattuale o extracontrattuale della Banca, con condanna della stessa al risarcimento dei danni;
- che si costituiva parte convenuta resistendo alla domanda ed allegando di aver svolto esclusivamente un'attività di segnalazione a IDB dei clienti interessati all'investimento in diamanti;
- che la domanda va accolta per quanto di ragione;
- che infatti il Tribunale ritiene che la causa possa essere decisa sulla base delle prove documentali dedotte ed in particolare sulla base dei fatti accertati nella decisione dell'AGCM n. 10677 Adunanza del 20\09\2017, nel contesto dei quali è ampiamente descritta, ed altresì qualificata, sia pure in termini non vincolanti ai fini del presente giudizio, la condotta della banca convenuta;
- che infatti con tale provvedimento l'AGCM sanzionava alcuni istituti bancari per aver posto in essere una pratica commerciale scorretta riguardante le modalità ingannevoli ed omissive di offerta dei diamanti da investimento venduti da IDB spa;
- che si deve infatti rammentare che, in ordine ai fatti accertati, la pronuncia suddetta è dotata di forza probatoria (Cass., sez. I, 05\07\2019 n. 18176) e, sui punti che si reputano essenziali sotto riportati non è oggetto, nel caso concreto, di sostanziale contestazione;
- che si può quindi ritenere accertato che l'acquisto dei diamanti per cui è causa sia avvenuto nel seguente contesto:
 - tra IDB e gli istituti bancari sussisteva un preciso accordo contrattuale in base al quale la seconda si impegnavano a segnalare ai propri clienti la possibilità di eseguire un investimento in diamanti e, nella specie di eseguirlo mediante IDB, a consegnare il materiale informativo, a mettere in contatto le parti e a facilitare la conclusione del contratto (senza peraltro intermediazione diretta con procura, ovvero indiretta, per acquisto e rivendita in proprio e remissioni in base a mandato);
 - la Banca si rendeva soltanto disponibile ad accogliere la stipula presso i propri locali, facendo le dovute trasmissioni e fornendo ed esibendo 'in agenzia' il materiale informativo relativo all'investimento;
 - IDB spa, a sua volta, si impegnavano a fornire i diamanti richiesti in ragione delle somme che i clienti della Banca volevano investire ed a prenderli in deposito;
 - per il servizio svolto dalla Banca, veniva prevista in suo favore una commissione sul valore di transazione;
 - oltre a ciò, la Banca risultava sostanzialmente estranea alla transazione, estraneità che risultava anche dalla Convenzione stipulata tra IDB e la banca stessa (avente peraltro efficacia solo tra le parti) in cui era affermata l'assenza di qualsivoglia responsabilità della banca sulla compravendita dei diamanti;
 - IDB, a fronte delle somme investite, forniva sì diamanti di qualità primarie correttamente dichiarate, ma di prezzi non congrui, essenzialmente perché non tratti dagli indici più noti ed obiettivi di mercato (primo tra tutti il valore Rapaport), ma piuttosto tratti dal valore delle sue stesse vendite;
- che in affermazione del principio della ragione più liquida (Cass. civ., sez. lav., 20\05\2020, n. 9309), il Tribunale rileva che, nel caso in esame, la domanda vada accolta in forza della diretta responsabilità contrattuale della banca ex art. 1759 c.c.;
- che infatti la posizione della Banca, così come auto-descritta da essa stessa pare al Tribunale del tutto assimilabile alla posizione tipica del mediatore incaricato della ricerca di un affare;
- che infatti la posizione della Banca come mediatore si ravvisa nei seguenti elementi:
 - l'incarico da parte del cliente privato è conferito nel momento in cui lo stesso, deciso un disinvestimento, chieda alla Banca di indicare un investimento alternativo in beni durevoli, o comunque si dimostri interessato al suggerimento 'spontaneamente offertogli' e richieda indicazioni maggiormente concrete per procedere in tal senso;
 - l'incarico della banca da parte del venditore dei beni (nel caso di specie IDB) si individua invece in concreto poiché risulta per iscritto e prevede anche una consistente provvigione;
- che la posizione della Banca così configurata risulta ben diversa da quella del mero segnalatore, il quale fornisce soltanto informazioni in merito ad una determinata opportunità, ma certo non 'orienta' né 'consiglia' e, peraltro, raramente riscuote una provvigione;
- che dalla posizione di mediatrice ricoperta dalla banca discende che la stessa doveva rispettare gli obblighi informativi di cui all'art. 1759 c.c., in base al quale: *'Il mediatore deve comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso'*;
- che appare pacifico che tale dovere di verità del mediatore si estenda alle circostanze da lui facilmente conoscibili (a domanda o mediante la consultazione di fonti di informazioni notorie) e tale conoscibilità va valutata alla luce della

- specialità della diligenza bancaria ed in ragione del fatto che la richiesta dei clienti alla Banca sul punto era ovviamente determinata proprio dalla fiducia nella capacità di stima e valutazione della banca;
- che quindi la Banca doveva tenere una condotta diligente, dovendo informare il cliente di eventuali condizioni concrete di convenienza dell'investimento proposto;
 - che nel caso di specie rientrava nei doveri della banca/mediatrice l'obbligo di informarsi e informare il cliente che i prezzi di acquisto dei diamanti erano grandemente superiori a quelli di mercato, obbligo clamorosamente violato da parte della banca convenuta;
 - che nel caso di specie non è discutibile che sussistesse una notevole discrepanza tra il prezzo pagato e il valore corrente dei diamanti, assumendo come riferimento orientativo l'indice Rapaport alla data dell'acquisto (come riportato nella tabella predisposta da parte convenuta su invito di questo Giudice di cui al doc. 20 e accettata da parte attrice come da verbale di udienza del 07/02/2023);
 - che a fronte del rilevante inadempimento degli obblighi informativi gravanti sulla banca, il danno risarcibile va identificato nella differenza di valore tra l'esborso effettuato (in cui è già ricompresa l'IVA applicabile *pro tempore*) e il valore dei diamanti all'epoca dell'acquisto, secondo l'indice Rapaport, maggiorato del margine del

dettagliante e dell'IVA, con interessi e rivalutazione stante il debito di valore;

- che quindi l'importo che la Banca deve corrispondere all'attore a titolo di risarcimento del danno si desume dal calcolo riportato nella tabella sottostante:
 - dove la colonna B indica l'importo (comprensivo di IVA) concretamente pagato per l'acquisto dei diamanti (cfr. docc. 1 e 2 fasc. att.);
 - dove la colonna C indica il valore (al netto di IVA) al momento dell'acquisto, sulla base del listino RAPA-PORT, come indicato dalle parti in contraddittorio;
 - dove la colonna D corrisponde all'aumento del 10% sul valore C in considerazione del fatto che l'indice Rapaport attesta i prezzi all'ingrosso e conseguentemente parte attrice avrebbe dovuto riconoscere anche il margine del dettagliante (ragionevolmente qui fissato al 10%);
 - dove la colonna E indica il valore dell'IVA che avrebbe dovuto essere applicata sull'importo D;
 - dove la colonna F rappresenta, per ogni diamante, la differenza tra:
 - il prezzo pagato comprensivo di IVA;
 - il valore Rapaport alla data dell'acquisto comprensivo della maggiorazione del 10% nonché dell'IVA;

A	B	C	D	E	F	G
RG889/2022	Esborso con iva	Valore Rapaport data acquisto	Maggiorato con dieci per cento	IVA su prezzo Rapaport maggiorato del 10%	Delta prezzi variati	Diamanti
	8.260,20	2.530,08	2.783,09	612,28	4.864,83	1
	2.433,72	2.677,09	588,96	6.369,89	6.369,89	2
TOTALI	17.896,14	4.963,80	5.460,18	1.201,24	11.234,72	

- che nessun mancato guadagno è prospettabile come eziologicamente riconducibile all'inadempimento della Banca ai propri obblighi informativi sulla non corrispondenza tra il prezzo di acquisto e i prezzi di mercato;
- che inoltre l'eventuale deprezzamento odierno della quotazione dei diamanti si sarebbe verosimilmente verificato - attesa la dimensione planetaria del mercato dei preziosi - anche in assenza del citato inadempimento;
- che comunque la banca convenuta, non risultando onerata di una gestione patrimoniale, non risponde del corso complessivo dell'investimento;
- che neppure può riconoscersi - quale lucro cessante - il rendimento di un ipotetico investimento alternativo adeguato al profilo di rischio di parte attrice, in quanto l'ipotesi controfattuale che qui rileva *non* è quella di un investimento diverso da quello in diamanti, ma semplicemente quella del corretto adempimento degli obblighi informativi gravanti sul mediatore/banca;
- che il danno non patrimoniale non può essere riconosciuto in assenza di pregiudizio per valori costituzionalmente rilevanti diversi da quelli già ristorati mediante il riconoscimento del danno patrimoniale come sopra quantificato;
- che ravvisandosi nel caso di specie una responsabilità contrattuale, risulta conseguentemente applicabile la disciplina sulla prescrizione decennale (ex art. 2946 c.c.);
- che è noto che "Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno inizia a decorrere «non dal momento in cui il fatto si verifica nella sua materialità e realtà fenomenica, ma da quando esso si manifesta all'esterno con tutti i connotati che ne determinano l'illiceità» (Cass., sez. III , 17/10/2022, n. 30380);
- che pertanto il termine di prescrizione non è decorso nel caso di specie, in quanto l'illiceità del comportamento della banca è divenuto conoscibile agli investitori non prima della pubblicazione della citata decisione dell'AGCM n. 10677 Adunanza del 20/09/2017;
- che nessuna corresponsabilità attorea può configurarsi ai fini dell'art. 1227 cc, atteso l'affidamento di cui godeva la banca e la difficoltà per il privato di verificare il prezzo corrente dei diamanti;
- che quindi la Banca convenuta deve essere condannata al pagamento di Euro 11.234,72 oltre interessi legali e rivalutazione calcolati sulla sorte capitale rappresentata dagli importi parziali indicati - per i diamanti - nella colonna sub F della tavola sinottica sopra riportata (escluso il to-

tale) - dalla data dei relativi acquisti fino alla data odierna e sull'importo così calcolato con interessi legali da oggi fino al saldo;

- che le spese tra parte attrice e la convenuta seguono la soccombenza, come da dispositivo (valore della causa pari al *decisum*, cfr. Cass., sez. VI, 21/01/2021, n. 1123);

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza, così provvede: condanna parte convenuta BANCO SPA al pagamento in favore di parte attrice M della somma di € 11.234,72 oltre interessi legali e rivalutazione calcolati sulla sorte capitale rappresentata dall'importo parziale indicato - per ogni diamante - nella colonna sub F della tavola sinottica riportata in motivazione (escluso il totale) - dalla data dei relativi acquisti fino alla data odierna e sull'importo così calcolato con interessi legali da oggi fino al saldo; condanna la stessa parte convenuta alla rifusione delle spese processuali liquidate in € 4.500 in favore di parte attrice per oneri di difesa, oltre rimborso forfettario e accessori di legge (...*omissis*...).

Tribunale di Savona, 3 ottobre 2022 - Giudice Unico Tagliasacchi.

TUTELA del credito - creditore pregiudicato da un atto di trasferimento del debitore successivamente al sorgere del credito - gratuità od onerosità del trasferimento - valutazione in concreto - necessità.

(Art. 2929 bis c.c.)

Ai fini dell'applicazione dell'art. 2929 bis c.c., l'accertamento giuridico circa la gratuità del negozio deve essere compiuto secondo il prisma della causa in concreto, anche in sede di opposizione all'esecuzione, dovendo pertanto ritenersi inefficace ai sensi dell'art. 2929 bis, in quanto gratuito, il conferimento di quote sociali in una holding detenuta dallo stesso conferente in misura del 99%.

(Ai fini dell'applicazione dell'art. 2929 bis c.c., la valutazione circa la gratuità od onerosità di un negozio va compiuta, anche in sede di opposizione all'esecuzione, con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato, e non può quindi fondarsi sull'esistenza, o meno, di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del solvente, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla qualità dei soggetti, dal contesto anche cronologico in cui si colloca l'operazione negoziale e, soprattutto, dalla prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un sia pur indiretto guadagno ovvero ad un risparmio di spesa. Pertanto, in applicazione di tali principi, nell'ipotesi di conferimento di quote sociali in una holding detenuta dallo stesso conferente in misura del 99%, l'atto negoziale deve ritenersi gratuito sul piano della causa in concreto, avendo come unico scopo la sottrazione ai creditori del patrimonio del conferente medesimo, vieppiù nei casi in cui, come quello di specie, sussistano pregressi e rilevanti debiti di quest'ultimo nei confronti dei terzi e il conferimento, riguardante la totalità delle quote sociali dallo stesso detenute, avvenga, sul piano cronologico, in epoca immediatamente successiva alla notifica del precetto).

(...*Omissis*...) Con ricorso ai sensi dell'art 615 c. 2 c.p.c., con istanza di sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c., B H

s.a.s. ha proposto opposizione, quale conferitaria delle quote sociali pignorate, all'esecuzione avviata da F B, deducendo, in primo luogo, l'insussistenza dei requisiti previsti dalla legge per il pignoramento ai sensi dell'art. 2929 bis cc in ragione della natura onerosa degli atti di conferimento delle quote di Beta S.r.l. ed Eolo S.r.l. in favore di essa B H s.a.s.

In secondo luogo, deduce l'assenza di pregiudizio in capo al creditore procedente per l'operazione di conferimento delle quote.

Infine, chiede la condanna del creditore procedente al risarcimento del danno di cui all'art. 96, comma 2, c.p.c.

Si costituiva il debitore F B aderendo alle conclusioni del terzo opponente e, in particolare, deducendo l'inammissibilità dell'azione proposta ai sensi dell'art. 2929 bis cc per difetto dei requisiti previsti dalla legge.

Si costituiva anche il creditore procedente chiedendo il rigetto dell'opposizione.

All'udienza del 13/9/2022 i difensori delle parti discutevano ampiamente l'istanza di sospensione e, all'esito, il Giudice si riservava.

L'opposizione, pure alla luce delle approfondite e puntuali osservazioni rese da parte opponente in sede di discussione orale, risulta infondata per le ragioni di seguito esposte, con conseguente rigetto dell'istanza di sospensione per difetto del *fumus boni iuris*.

È infondato il primo motivo di opposizione, concernente la qualificazione dell'atto di conferimento delle partecipazioni sociali di F B nella neocostituita B H s.a.s. come atto a titolo oneroso anziché a titolo gratuito, qualificazione dalla quale, nella prospettazione dell'opponente, deriverebbe l'inammissibilità del pignoramento ai sensi dell'art. 2929 bis c.c.

A tale riguardo, parte opponente ha diffusamente insistito in merito alla necessità di privilegiare un'interpretazione restrittiva dell'art. 2929 bis c.c., ritenendo la norma riferibile ai soli atti espressamente definiti dalla legge come gratuiti, considerato che, altrimenti, il debitore sarebbe costretto a difendersi in sede di opposizione endoesecutiva, così sovvertendo e, in certa misura, aggirando, l'ordinario riparto dell'onere della prova delineato dalla legge in relazione all'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. In altri termini, dunque, il precipitato logico della prospettazione dell'opponente porta a limitare sensibilmente l'istituto di cui all'art. 2929-bis c.c., ritenendolo, appunto, applicabile ai soli casi in cui il negozio venga qualificato gratuito direttamente dalla legge.

Le osservazioni dell'opponente, pur suggestive e ampiamente argomentate, non possono essere accolte, in quanto finiscono per sovrapporre del tutto indebitamente la nozione di tipo contrattuale e quella di causa in concreto, rievocando una concezione della causa, intesa in senso astratto, quale funzione economico-sociale del negozio, elaborata dalla dottrina tradizionale in epoca assai risalente e che risulta ormai definitivamente superata da circa un ventennio. Infatti, sostenere che l'istituto in questione sia applicabile ai soli casi in cui il negozio sia qualificato direttamente dalla legge come gratuito equivale ad affermare che la causa debba essere valutata esclusivamente sulla base dello schema negoziale astrattamente definito dal legislatore, ossia, per l'appunto, del tipo contrattuale. Come è noto, tuttavia, la vecchia concezione della causa intesa come funzione economico sociale venne superata proprio perché non consentiva di distinguere la causa dal tipo contrattuale.

Va, per contro, pienamente confermato, come meglio si dirà nel prosieguo, l'orientamento giurisprudenziale del tutto consolidato secondo cui la valutazione della causa è, e non può

che essere, sempre una valutazione in concreto, proprio perché, diversamente opinando, si finirebbe per sovrapporre indebitamente causa del negozio e tipo contrattuale. Sul punto, merita di essere rammentato, per ineguagliata chiarezza e impareggiabile rigore logico, il seguente, celeberrimo, passaggio argomentativo della sentenza della Corte di Cassazione Sezione Terza, n. 10490/2006, ove viene scolpita la differenza tra causa e tipo: *“La definizione del codice è, in definitiva, quella di funzione economico-sociale del negozio riconosciuta rilevante dall’ordinamento ai fini di giustificare la tutela dell’autonomia privata (così, testualmente, la relazione del ministro guardasigilli); ma è noto che, da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza (Cass. Sez. 1[^], 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale & lease back) Sez. 1[^], 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Sez. 2[^], 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia), si discorre da tempo di una fattispecie causale “concreta”, e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d’altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell’orbita della dimensione funzionale dell’atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l’uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale”*.

Sotto diverso profilo, la prospettazione resa dall’opponente appare infondata anche per una seconda ragione.

Secondo l’opponente, l’istituto di cui all’art. 2929-bis c.c. dovrebbe essere limitato alle sole ipotesi sopra menzionate al fine di evitare che il debitore sia costretto a difendersi in sede di opposizione endoexecutiva, anziché in sede di giudizio ordinario, introdotto a seguito della domanda ex art 2901 cc, con conseguente - asserita - alterazione dell’equilibrio voluto dalla legge nel riparto dell’onere della prova.

Anche tale ricostruzione, pur suggestiva, appare del tutto infondata.

È evidente, infatti, come essa finisca per debordare in un’inammissibile frammentazione logica dell’accertamento giudiziale della causa, in funzione della diversa sede processuale in cui tale valutazione viene demandata al giudice, vincolando, sostanzialmente, l’accertamento reso in fase endoexecutiva a una dimensione meno pervasiva, sostanzialmente impedendo, dunque, in siffatta sede, che il giudice possa procedere all’individuazione della causa concreta del negozio, individuazione che, per contro, sarebbe consentita solo in sede di cognizione piena nell’ambito del giudizio ordinario introdotto dall’azione revocatoria proposta ai sensi dell’art. 2901 c.c. Siffatta ricostruzione risulta, tuttavia, del tutto arbitraria e priva del benché minimo fondamento normativo, essendo peraltro del tutto inammissibile, anche per ovvie esigenze dogmatiche, l’adozione di una definizione “mobile” dei concetti giuridici, che si riveli variabile in funzione della sede processuale ove essa viene in rilievo.

Ne consegue, pertanto, che va senza dubbio ribadito l’obbligo

del giudice, in ogni fase processuale, di apprezzare la nozione di gratuità del negozio menzionata dall’art. 2929-bis c.c. con esclusivo riguardo non già al tipo contrattuale, ossia allo schema negoziale astratto, bensì alla causa concreta, essendo tale concezione del tutto unitaria e integralmente sostitutiva della precedente nozione di causa quale funzione economico-sociale, pena un’inammissibile regressione concettuale a una dimensione ormai definitivamente superata. Del pari, deve essere respinta ogni prospettiva di frammentazione del giudizio di accertamento della causa del negozio in funzione della sede processuale, atteso che siffatto giudizio non può che seguire il medesimo criterio di valutazione tanto in sede di cognizione piena, quanto in sede endoexecutiva.

Tanto premesso, va evidenziato che nel caso di specie non può essere ravvisato alcun trasferimento a titolo oneroso, bensì la mera costituzione di un vincolo di indisponibilità dei beni del debitore (delle sue quote sociali).

Più precisamente, in seguito alla notifica del precetto avvenuta in data 28/6/2021, F B ha provveduto a costituire in data 1/7/2021 la B H s.a.s. - di cui è socio accomandatario, amministratore unico nonché titolare del 99% del capitale - per poi decidere di conferire nella neocostituita società le partecipazioni societarie da lui personalmente detenute.

Per le ragioni già illustrate, al fine di individuare la causa - gratuita o onerosa - del negozio in questione, occorre avere esclusivo riguardo alla nozione di causa in concreto pacificamente e graniticamente accolta dalla giurisprudenza a seguito della citata pronuncia Cass., Sez. III, n. 10490/2006, secondo cui *“La causa del contratto consiste nella funzione economica individuale del negozio posto in essere, è la ragione concreta che persegue il singolo e specifico contratto, a prescindere dalla volontà dei contraenti, e non coincide con il tipo contrattuale astratto scelto dalle parti”*. Tale nozione, peraltro, fu ulteriormente precisata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l’altrettanto celebre pronuncia Cass., Sezioni Unite, 18 marzo 2010, n. 6538, con specifico riferimento alla natura - onerosa o gratuita - dei c.d. *“negozi a causa variabile”*, intendendosi, per tali, quei fenomeni negoziali che, privi di una stabile connotazione causale propria, possono assumere tanto una qualificazione in termini di onerosità, o addirittura di corrispettività / sinallagmaticità, quanto di gratuità. Va peraltro precisato che tale pronuncia risulta particolarmente rilevante rispetto al caso di specie anche perché intervenne in un tema del tutto analogo a quello oggetto dell’odierno giudizio, afferente all’individuazione della natura gratuita o onerosa del negozio ai fini dell’esercizio dell’azione revocatoria (in quel caso, non mediante l’istituto di cui all’art. 2929-bis, bensì attraverso la revocatoria fallimentare). In quell’occasione, le Sezioni Unite, dando continuità al precedente del 2006, ebbero modo di precisare che *“la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dallo scopo pratico del negozio, e cioè dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato”*.

Occorre dunque dare continuità all’orientamento inequivocabilmente espresso dalla giurisprudenza di legittimità e pacificamente applicabile anche all’istituto di cui al 2929-bis, al fine di individuare la natura gratuita o onerosa del negozio di cui si tratta.

Nel caso di specie emerge come l’unica ratio dell’operazione negoziale, anche in ragione dell’evidente contestualità rispetto all’iniziativa esecutiva del creditore, sia da individuare nell’intenzione del debitore B F di precostituire una segregazione del proprio patrimonio, al solo e unico scopo di sottrarlo ai

creditori, conferendo la totalità delle proprie quote sociali in una holding da lui stesso detenuta per il 99%. Ne consegue che la causa concreta, così individuata, si colloca fuori da qualsiasi dimensione di corrispettività, che, infatti, non è stata dimostrata dall'opponente.

Invero, con riferimento alla causa concreta dell'operazione di conferimento, la difesa della B H s.a.s. nulla ha dedotto, limitandosi ad invocare in modo del tutto apodittico l'onerosità del conferimento sul presupposto che *“trattandosi di conferimento, l'atto ha natura onerosa”*. Tuttavia, come appena illustrato, in ossequio a quanto affermato dalle Sezioni Unite del 2010 e confermato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, il Giudice non può prescindere da una valutazione concreta della causa contrattuale.

In altri termini, è sempre necessario esaminare gli interessi sottesi al rapporto contrattuale, al di là del modello negoziale utilizzato.

Al riguardo, si rileva, peraltro, come il Tribunale di Cuneo abbia già avuto modo di pronunciarsi sulla natura gratuita del conferimento da parte di F B all'odierna opponente, affermando espressamente che *“il conferimento è un'operazione mediante la quale un soggetto conferente trasferisce, ad esempio, un bene ad un soggetto conferitario, ricevendo come corrispettivo una partecipazione nel capitale sociale dello stesso e non una somma di denaro come, viceversa, accadrebbe nella cessione con la conseguenza che non può attribuirsi, come vorrebbe il ricorrente, la qualifica di atto a titolo oneroso, anziché, a titolo gratuito, anche perché se, così fosse, verrebbe meno ogni differenza con l'operazione di cessione”* (Tribunale di Cuneo, 28/6/2022).

È appena il caso di sottolineare, inoltre, che l'onerosità dell'atto negoziale non può dipendere unicamente dall'utilizzo - meramente stilistico - dell'espressione *“pagamento”* nell'ambito del testo dell'atto.

Infatti, sebbene vi sia un trasferimento delle quote da F B a B H s.a.s., non può non esaminarsi l'aspetto sostanziale, dal quale emerge la precisa volontà del debitore di costituire un vincolo di indisponibilità dei suoi beni, con pregiudizio di tutti i creditori.

Sotto altro profilo, deve ulteriormente rilevare come nel caso di specie non vi sia alcuna esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi, in quanto F B è l'unico soggetto coinvolto nell'operazione di conferimento: è, infatti, lui ad aver costituito la B H s.a.s. (le cui quote sono sue per il 99% del capitale sociale) ed è parimenti esclusivamente lui ad aver assunto la decisione di aumentare il capitale della società provvedendo al conferimento di quote da lui unicamente detenute.

È, infine, manifestamente infondata la prospettazione della difesa dell'opponente, secondo cui dall'operazione di conferimento eseguita da F B non deriverebbe alcun pregiudizio per il creditore precedente. Emerge con manifesta evidenza, infatti, come il pregiudizio dei creditori e la segregazione del patrimonio sia proprio l'unica ratio sottesa all'operazione di

conferimento con la quale F B ha - di fatto - *“trasferito”* le proprie partecipazioni in una s.a.s. da lui costituita e da lui unicamente amministrata.

È, conseguentemente, respinta anche la domanda di condanna del creditore al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 96 comma 2 c.p.c.

Per tutte le ragioni che precedono va quindi integralmente respinta l'istanza di sospensione di B H s.a.s. di B F & C. per difetto del *fumus boni iuris*, con conferma del precedente di questo stesso Tribunale del 7/9/2022, ove è stato affermato il seguente principio di diritto *“Ai fini dell'applicazione dell'art. 2929 bis c.c., la valutazione circa la gratuità od onerosità di un negozio va compiuta, anche in sede di opposizione all'esecuzione, con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato, e non può quindi fondarsi sull'esistenza, o meno, di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del solvens, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla qualità dei soggetti, dal contesto anche cronologico in cui si colloca l'operazione negoziale e, soprattutto, dalla prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un sia pur indiretto guadagno ovvero ad un risparmio di spesa. Pertanto, in applicazione di tali principi, nell'ipotesi di conferimento di quote sociali in una holding detenuta dallo stesso conferente in misura del 99%, l'atto negoziale deve ritenersi gratuito sul piano della causa in concreto, avendo come unico scopo la sottrazione ai creditori del patrimonio del conferente medesimo, vieppiù nei casi in cui, come quello di specie, sussistano pregressi e rilevanti debiti di quest'ultimo nei confronti dei terzi e il conferimento, riguardante la totalità delle quote sociali dallo stesso detenute, avvenga, sul piano cronologico, in epoca immediatamente successiva alla notifica del precetto”* (massima tratta dalla pubblicazione del provvedimento in Inexecutivis.it).

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Respinge l'istanza di sospensione; condanna B H s.a.s. di B F & C. alla rifusione delle spese di lite della presente fase in favore di F B, spese che liquida in euro 8.268,00, oltre 15% per spese generali IVA e CPA come per legge; fissa il termine perentorio di 60 giorni, dalla comunicazione della presente ordinanza, per l'introduzione del giudizio di merito, previa iscrizione a ruolo a cura della parte interessata, secondo le modalità previste in ragione della materia e del rito, osservati i termini a comparire di cui all'art. 163 bis c.p.c., o altri, se previsti, ridotti della metà.

Massimario

Tribunale di Genova, sez. II civ., 29 novembre 2022 - Giudice Unico Polichetti.

COMPETENZA civile - giudice ordinario - Tribunale regionale delle acque - ripartizione - azione risarcitoria - danni dipendenti dall'opera idraulica - criteri.

(Art. 2034, 2051 c.c.; art. 140, lett. e R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775)

PROCESSO civile - azione per danno temuto - presupposti - concreta verifica del danno - necessità - non sussiste.

(Art. 1172 c.c.; artt. 669 bis e ss. c.p.c.)

In tema di ripartizione della competenza fra giudice ordinario e Tribunale regionale delle acque, le domande risarcitorie, proposte a norma dell'art. 2043 c.c. (o 2051 c.c.) nei confronti della P.A. per danni derivanti da un'opera idraulica, sono devolute alla competenza del giudice specializzato solo nelle ipotesi in cui tali danni siano direttamente dipendenti dal modo di essere dell'opera, tale dovendo intendersi l'opera idraulica male progettata o male costruita o mantenuta in modo inadeguato ad irregimentare il flusso idrico, poiché, in tali ipotesi, vi è coinvolgimento di apprezzamenti e scelte della P.A. in relazione alla tutela di interessi correlati al regime delle acque pubbliche; diversamente, tali domande risarcitorie sono riservate al giudice ordinario nelle ipotesi in cui esse si ricolleghino in via indiretta ed occasionale alle vicende relative al governo delle acque, avendo piuttosto ad oggetto danni imputabili a 'condotte materiali' della P.A. commissive od omissive, ascrivibili ad incuria o negligenza, od a 'fatti naturali' sopravvenuti dovuti ad omessa custodia della res, comunque estranei ad apprezzamenti tecnici circa la deliberazione, la progettazione ed attuazione di opere idrauliche, per i quali non vengono dunque in questione scelte discrezionali della pubblica amministrazione finalizzate alla tutela di interessi generali correlati al regime delle acque pubbliche.

Pertanto, allorché venga dedotto che lo straripamento di un corso d'acqua pubblico abbia causato danni ai fondi privati circostanti a causa dell'omessa cura o manutenzione dello stesso corso d'acqua da parte degli enti a tanto preposti, poiché questa deduzione implica la valutazione di apprezzamenti o di scelte della P.A. in relazione alla tutela degli interessi generali collegati al regime delle acque pubbliche, la relativa domanda risarcitoria deve essere devoluta alla cognizione del Tribunale regionale delle acque competente per territorio. (In senso conforme Cass., n. 18197/2021)

L'azione per denuncia di danno temuto, prevista dall'art. 1172 c.c., spetta al proprietario, al titolare di un diritto reale di godimento o al possessore che abbia ragione di temere che da una qualsiasi cosa possa derivare un pericolo di danno grave e prossimo al bene oggetto del suo diritto o del suo possesso; i presupposti dell'azione consistono in pertanto in un pericolo di danno minacciato da cosa a cosa, nella gravità del pericolo (che minacci di distruggere o di danneggiare gravemente la cosa) e nella la prossimità, in ordine spazio-temporale, del pericolo sovrastante la cosa.

Con la precisazione per cui, ai fini della sussistenza del primo presupposto, non è necessario attendere il concreto verificarsi di un danno, tale da minacciare la stabilità o l'integrità del bene, ma sono piuttosto sufficienti anche un pericolo ragionevole o la concreta possibilità che

dal mancato intervento derivi un peggioramento della situazione in essere.

MI.F.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 6 febbraio 2023 - Pres. Braccialini - Rel. Tabacchi.

CONCORDATO preventivo - omologa - opposizione - deroga alla normativa in vigore - riconoscimento credito privilegiato - esclusione.

(Art. 9 D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 123, art. 26 D.L. 34/2020)

CONCORDATO preventivo - concordato in continuità - principi.

Il richiamo all'art. 9 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 123 per vedersi riconosciuto il credito privilegiato non è sufficiente a derogare alla disciplina speciale del finanziamento erogato a seguito di domanda di accesso al "Fondo Patrimonio PMI" non derivante da generico strumento di sostegno ma da erogazione proveniente da specifico fondo destinato al sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo italiano ("Legge Rilancio"). Si tratta di provvista legata strettamente alle condizioni di tempo e occasione (evento pandemico) con la conseguenza che è del tutto fondato ritenere che la disciplina che la caratterizza possa avere derogato a quanto disposto dalla disciplina già in vigore e tale deroga debba trovare applicazione incondizionata pena il vanificare le condizioni di favore e la finalità di sostegno di natura eccezionale alle imprese che si volevano rilanciare.

Rilevando per la continuità in senso oggettivo il permanere dell'azienda in esercizio comunque questo avvenga (anche a mezzo di cessione a terzi) il concordato è ammissibile e può essere omologato dal momento che l'imprenditore con la cessione dell'azienda in esercizio garantisce il pagamento della maggior parte del ceto creditorio, realizzando in pieno i principi che stanno alla base del concordato in continuità ovvero il permanere dell'azienda sul mercato e il pagamento dei creditori in misura maggioritaria con il risultato di liquidazione dell'azienda stessa. (Cfr.: App. Genova, 6 luglio 2018)

P.MO.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 7 giugno 2022, n. 1453 - Giudice Unico Gibelli.

CONTRATTO in genere, atto e negozio giuridico - compravendita - vizi della cosa - riduzione del prezzo - concorso di colpa.

(Artt. 1227, 1384, 1492 c.c.)

L'art. 1227, 1° comma, c.c., nella parte in cui consente di ridurre il risarcimento del danno per fatto colposo del creditore, esprime un principio generale dell'ordinamento di auto-responsabilità del creditore, come tale estendibile per analogia nel caso di riduzione del prezzo accordata a titolo di actio quanti minoris, allorché l'acquirente abbia concorso colposamente alla concretizzazione, mediante un'attività avente efficacia causale, del vizio occulto comunque esistente. (Fattispecie nella quale l'acquirente di un immobile, nella fase antecedente alla stipula del definitivo, si era sostanzialmente ingerito nella direzione dei lavori condotti dalla ditta appaltatrice incaricata dal venditore,

richiedendo l'installazione di due caldaie in un vano comune con altro appartamento, in tal modo contribuendo a far emergere l'irregolarità dell'impianto di riscaldamento, oggettivamente esistente e non nota all'acquirente).

A.LIJ.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 2 settembre 2022, n. 2078 - Giudice Unico Gibelli.

CONTRATTO in genere, atto e negozio giuridico - contratto preliminare - recesso - inadempimento - causa del negozio - motivi.

(Artt. 1385, 1455 c.c.)

Allorquando il vizio della cosa compromessa in vendita ne determini inutilizzabilità solo sul piano soggettivo, e non anche sul piano oggettivo, avuto riguardo alla destinazione della cosa, non ricorrono i presupposti per il legittimo esercizio del recesso per inadempimento di non scarsa importanza, non entrando i profili soggettivi nella causa del negozio e dovendo gli stessi relegarsi sul piano dei motivi non rilevanti. (Fattispecie nella quale il promissario acquirente di un immobile domandava, in via riconvenzionale rispetto alla domanda ex art. 2932 c.c. proposta dal promissario venditore, l'accertamento del legittimo recesso dal contratto preliminare, adducendo che l'insufficiente spessore dei muri dell'immobile, comunque qualificato come abitabile dal CTU, impedisse una corretta schermatura delle onde elettromagnetiche nocive per la patologia di "sensibilità chimica multipla" (non riconosciuta a livello nazionale) di cui il promissario acquirente affermava essere affetta la moglie.

A.LIJ.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 settembre 2022, n. 2179 - Giudice Unico Gibelli.

CONTRATTO IN GENERE, atto e negozio giuridico - eccezione d'inadempimento - contratto di somministrazione.

(Art. 1460 c.c.)

Il debitore che, nell'ambito di un rapporto contrattuale di somministrazione, si veda raggiunto da decreto ingiuntivo per il mancato pagamento di prestazioni effettivamente somministrate non può opporre al creditore ingiunte l'eccezione ex art. 1460 c.c., riferendola al preteso inadempimento del creditore ad altra e diversa obbligazione contrattuale, il principio inadimplenti non est adimplendum potendosi applicare con esclusivo riguardo alla controprestazione dedotta nell'obbligazione. (Fattispecie nella quale il debitore ingiunto per il pagamento di fatture non saldate ma relative a prestazioni correttamente eseguite aveva eccepito in fase di opposizione l'inadempimento del creditore, poi rivelatosi insussistente, ad altra e distinta obbligazione contrattuale).

A.LIJ.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 29 novembre 2022, n. 2697 - Giudice Unico Gibelli.

CONTRATTO in genere, atto e negozio giuridico - contratto preliminare - termine - vendita di cosa altrui.

(Artt. 1184, 1351, 1478 c.c.)

Nel caso in cui le parti di un contratto preliminare abbiano inteso condizionare l'efficacia del contratto all'adempimento, da parte del promissario venditore, all'obbligo di procurare al promissario acquirente la proprietà del bene di un terzo entro un termine indicato, il contratto preliminare non può intendersi risolto allorquando, pur non essendo

intervenuto il trasferimento del bene del terzo entro il termine pattuito, risulti dagli atti che le parti abbiano inteso ritenere detto termine non essenziale (Fattispecie in cui le parti avevano proseguito i contatti, le trattative ed i sopralluoghi sul bene del terzo anche in epoca successiva allo spirare del termine indicato nel preliminare).

A.LIJ.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 16 dicembre 2022 - Giudice Unico Gibelli.

CONTRATTO in genere, atto e negozio giuridico - clausola penale - riduzione - inadempimento - risarcimento del danno.

(Art. 1384 c.c.)

In tema di clausola penale, la riduzione per manifesta eccessività, seppur accordata dal giudice ex art. 1384 c.c., non può comunque spingersi fino a vanificare la ratio di preventiva forfezzazione del risarcimento cui l'istituto della clausola penale è funzionale. (Fattispecie in cui il debitore inadempiente domandava la riduzione della penale sino all'importo corrispondente al minor costo che il creditore avrebbe dovuto sopportare per ottenere il risultato, senza considerare il profilo risarcitorio).

A.LIJ.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 16 gennaio 2023, n. 113 - Giudice Unico Gibelli.

CONTRATTO in genere, atto e negozio giuridico - compravendita - inadempimento - risarcimento del danno - decadenza.

(Artt. 1218, 1453 c.c. ; art. 134 T.U. Edilizia)

Qualora il venditore non adempia all'obbligazione, contrattualmente assunta, di eliminare un vizio della cosa compravenduta, la fattispecie ricade nell'ordinaria disciplina sull'inadempimento, non trovando applicazione la garanzia per vizi della cosa venduta.

L'art. 134 T.U. Edilizia, nella parte in cui impone all'acquirente di denunciare entro l'anno, a pena di decadenza, le difformità edilizie riscontrate, non si applica laddove la difformità fosse già nota ed oggetto di specifica pattuizione negoziale accessoria alla compravendita intervenuta fra le parti.

(Fattispecie nella quale la venditrice si era impegnata a rimuovere dall'immobile una veranda abusiva, che rendeva l'immobile irregolare sotto il profilo urbanistico).

A.LIJ.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 29 marzo 2023 - Pres. Sanna - Rel. Baudinelli.

DEMANIO e patrimonio dello Stato - ipoteca - diritto di superficie.

(Art. 41 cod. nav.)

Ai fini della costituzione, da parte del concessionario e previa autorizzazione del concedente, di ipoteca sulle opere realizzate dal concessionario stesso sul sedime demaniale oggetto di concessione, l'art. 41 cod. nav. postula che le opere gravate da ipoteca siano già state realizzate e acquisite alla proprietà del concessionario per diritto di superficie, non potendo l'ipoteca essere costituita sulla mera area demaniale interessata da un uno ius aedificandi di cui sia titolare il concessionario. L'autorizzazione con cui il concedente consente al concessionario di costituire ipoteca sui beni realizzati sul sedime demaniale oggetto di concessione, di cui all'art. 41 cod. nav., deve intendersi riferita

in favore dei creditori dello stesso concessionario, non potendo quest'ultimo, in assenza di espressa autorizzazione, costituire ipoteca quale terzo datore in favore di un terzo debitore.

A.LIJ.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 6 febbraio 2023 - Giudice Unico Balba.

IMPRESA e imprenditore - misure protettive del patrimonio - composizione negoziata - nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

(Art. 18, 1° comma, c.c.i.i.)

Le misure protettive del patrimonio, richieste dall'imprenditore ai sensi dell'art. 18, 1° comma, del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (D.Lgs 14/2019), devono essere concesse per il periodo massimo di legge allorquando, verificata la genuinità della composizione negoziata in corso e la complessità della stessa per l'alto numero di creditori e l'elevata esposizione debitoria, è presumibile ritenere che tanto l'eventuale promozione di azioni esecutive e/o cautelari quanto l'acquisizione di diritti di prelazione altererebbero gli equilibri fra i creditori coinvolti, in tal modo incidendo negativamente sulle trattative in essere fra le parti in una fase di tensione finanziaria volta al risanamento della società mediante la cessione della stessa.

A.LIJ.

Tribunale di Genova, sez. VII fall., 16 marzo 2023, n. 24 - Pres. Braccialini - Rel. Tabacchi.

LIQUIDAZIONE controllata - condizione di sovraindebitamento - sussistenza.

(Art. 2, comma 1, lett. c) CCI)

LIQUIDAZIONE controllata - socio illimitatamente responsabile di s.n.c. - debiti - inclusione nella procedura.

LIQUIDAZIONE controllata - azioni esecutive e cautelari individuali - divieto - effetto automatico.

(Artt. 270, comma 5 e 150 CCI)

Sussiste la condizione di sovraindebitamento del ricorrente ai sensi dell'art. 2, c. 1 lett. c) CCI poiché il suo patrimonio (tenuto conto dei beni liquidabili e della quota di reddito disponibile) non consente la soddisfazione delle obbligazioni assunte.

Anche debiti in capo al ricorrente personalmente, che derivano dalla sua qualità di socio illimitatamente responsabile di una società di persone e per i quali non è intervenuta altra esdebitazione, possono essere ricompresi nella procedura di liquidazione controllata, anche considerato che - a differenza di quanto avviene nella procedura di cui agli artt. 65 e ss. CCI - non vi sono limiti derivanti dalla necessaria natura di consumatore della parte istante.

Il divieto di iniziare o proseguire esecuzioni individuali o cautelari costituisce un effetto automatico dell'apertura della procedura di liquidazione controllata ai sensi del combinato disposto degli artt. 270, comma 5, e 150 CCI.

P.MO.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 28 settembre 2022 - Giudice Unico Pellegrini.

RESPONSABILITÀ civile - contratto di appalto - appalto d'opera - danni a terzi nell'esecuzione dell'opera - respon-

sabilità del committente - perdurante dovere di custodia - responsabilità ex art. 2051 c.c. - sussiste.

(Art. 2051 c.c.)

PROCEDIMENTO civile - chiamata di terzo - terzo chiamato quale corresponsabile del danno - estensione automatica della domanda risarcitoria - sussiste.

(Artt. 106 e 269 c.p.c.)

Nell'ambito del contratto di appalto, il committente, pur affidando l'esecuzione dell'opera all'appaltatore, resta nel possesso ed anche nella giuridica e materiale detenzione del bene immobile oggetto dell'appalto, conservando il potere di impartire direttive all'appaltatore in merito alle opere da eseguire e alle modificazioni da apportare, e conservando in particolare il dovere di custodia nonché l'obbligo di controllare che l'oggetto dell'appalto non produca danni a terzi. Donde, nei confronti dei terzi danneggiati dall'esecuzione dell'opera, il committente è sempre gravato (in solido con l'appaltatore) della responsabilità oggettiva di cui all'art. 2051 c.c.; responsabilità che persiste nonostante il committente abbia consegnato il bene immobile oggetto del contratto all'appaltatore ai fini dell'esecuzione delle opere stesse, e che trova il proprio limite esclusivamente nel caso fortuito (con la precisazione per cui eventuali esoneri di responsabilità contrattualmente stabiliti hanno effetto nei soli rapporti interni alle parti dell'appalto, ma non anche nei confronti dei terzi danneggiati). (In senso conforme Cass., n. 7553/2021)

Nell'ambito di un giudizio civile risarcitorio, quando la parte convenuta, nel dedurre il difetto della propria legittimazione passiva, chiami in causa un terzo, l'atto di chiamata, al di là della formula adottata, va inteso come chiamata del terzo responsabile e non già come chiamata in garanzia "impropria", in quanto, per un verso, tale condotta è logicamente e giuridicamente incompatibile con la qualificazione dell'evocazione del terzo come chiamata in garanzia (la quale, di per sé, non può non presupporre la non contestazione della legittimazione passiva) e, per altro verso, va privilegiata l'effettiva volontà del chiamante in relazione alla finalità, in concreto perseguita, di attribuire al terzo la responsabilità del danno. In tal caso, si verifica l'estensione automatica della domanda dell'attore al terzo chiamato, indicato dal convenuto come il vero legittimato.

Ciò non di meno, anche nell'ipotesi in cui la parte convenuta chiami in causa un terzo in qualità di corresponsabile dell'evento dannoso, senza eccepire il proprio difetto di legittimazione passiva, la richiesta risarcitoria deve intendersi estesa al medesimo terzo anche in mancanza di un'espressa dichiarazione in tal senso dell'attore, poiché la diversità e pluralità delle condotte produttive dell'evento dannoso non dà luogo a distinte obbligazioni risarcitorie, non mutando l'oggetto del giudizio; diversamente, rimane necessaria un'espressa domanda dell'attore nel caso in cui la chiamata del terzo si fondi sulla deduzione di un rapporto sostanziale differente da quello invocato dall'attore nei confronti del convenuto. (In senso conforme Cass., n. 31066/2019)

M.I.F.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 27 ottobre 2022 - Pres. Atzeni - Rel. Castiglione.

SENTENZA, ordinanza e decreto in materia civile - sentenza di divisione - natura dichiarativa - efficacia esecutiva - esecutività provvisoria - esclusione.

(Art. 283 c.p.c.)

La sentenza avente ad oggetto la divisione e l'assegnazione ai condicendenti dei beni mobili ereditari ha natura meramente dichiarativa e, in quanto tale, non è suscettibile di provvisoria esecuzione, atteso che l'efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 283 c.p.c. è tipica delle sole sentenze

di condanna, in quanto tali suscettibili di esecuzione forzata.

Invero, anche se l'assegnazione dei beni ai conviventi, contenuta nella sentenza, ha effetto retroattivo, risalendo l'acquisto della proprietà alla data di apertura della successione, l'esecutività della sentenza si produce soltanto a seguito del suo passaggio in giudicato, allorché l'accertamento contenuto nella pronuncia del giudice fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e gli aventi causa; donde, solo da tale data ciascun convivente può esercitare tutti i poteri e le azioni inerenti alla titolarità ed al godimento dei beni, compreso il potere di agire in via esecutiva per il rilascio dei beni che gli sono stati assegnati in proprietà esclusiva contro il convivente che non abbia più alcun titolo idoneo a giustificare la detenzione.

MI.F.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 24 marzo 2023 - Pres. e Rel. Pellegrini.

SEPARAZIONE di coniugi - giurisdizione - legge applicabile - accordo - interesse del minore.

(Art. 3, Reg. CE 2201/2003; art. 5, Reg. UE 1259/2010; art. 16, l. 218/1995; art. 337-ter c.c.; art. 3, Conv. NewYork 1989)

In tema di domanda di divorzio presentata congiuntamente da due coniugi sussiste la giurisdizione del Giudice italiano ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. a), Reg. CE 2201/2003 allorché gli stessi, seppur cittadini di uno stato terzo, abbiano fissato la propria residenza abituale in uno Stato membro (fattispecie nella quale il Tribunale ha ritenuto la giurisdizione italiana a fronte della domanda presentata da due coniugi aventi cittadinanza marocchina).

In tema di separazione e divorzio, la legge applicabile scelta dai coniugi in forza dell'art. 5, Reg. UE 1259/2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, può coincidere anche con la legge di uno Stato non partecipante alla cooperazione in quanto terzo (fattispecie in cui il Tribunale ha ritenuto applicabile la legge marocchina, scelta di comune accordo fra le parti in quanto aventi entrambi la relativa cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo).

In tema di separazione e divorzio, l'accordo con cui i coniugi designino la legge applicabile è valido ancorché manifestatosi in corso di causa, non essendo necessario che l'accordo intervenga prima del giudizio, ed ancorché espresso in udienza, atteso che la sottoscrizione del relativo verbale integra il requisito della forma scritta richiesto dall'art. 5, Reg. UE 1259/2010, ai fini dell'individuazione

della legge applicabile (fattispecie relativa all'applicazione delle legge marocchina).

In tema di separazione e divorzio, la legge di un paese terzo, applicabile in forza dell'accordo da parte dei coniugi, la quale consenta agli stessi di addivenire all'immediato scioglimento del matrimonio senza la preventiva separazione personale, non contrasta con l'ordine pubblico italiano allorché venga riconosciuta l'impossibilità della ricostituzione della comunione spirituale e materiale tra i coniugi, ferma in ogni caso la necessità di accertare che le condizioni di divorzio stabilite dai coniugi non contrastino con il principio del superiore interesse dei minori sancito dalle fonti nazionali e sovranazionali (fattispecie relativa ad una domanda di divorzio presentata congiuntamente da due coniugi marocchini ai sensi dell'art. 114, l. 70 del 2003, cd. Mudawwana).

A.LIJ.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 1 febbraio 2023 - Giudice Unico Ricco.

TRASPORTO (contratto di) - utilizzo di containers - messa a disposizione da parte del vettore - mera modalità esecutiva - autonomo contratto di locazione mobiliare - pattuizione espressa - necessità.

(Artt. 1687 e ss. c.c.)

Nell'ambito del contratto di trasporto, la messa a disposizione dei containers da parte del vettore costituisce un contratto (di locazione mobiliare), giuridicamente distinto ed autonomo rispetto al primo, ancorché a questo funzionalmente e strumentalmente collegato, solo qualora ciò sia espressamente concordato dalle parti; mentre, in tutti gli altri casi, la messa a disposizione dei containers va qualificata come una mera modalità del contratto di trasporto medesimo, in ragione della imprescindibile correlazione sussistente tra l'attività di trasporto e l'utilizzo dei containers, quali beni strettamente funzionali all'esecuzione di tale attività. Quanto precede non esclude, ad ogni buon conto, che all'esito del trasporto i containers debbano essere tempestivamente restituiti al vettore; con la precisazione per cui la relativa penalità, in caso di ritardo nella riconsegna, grava in capo al mandante (mittente caricatore della merce), poiché è su tale soggetto che incombe l'obbligo di garantire che il ricevitore ritiri il carico, rendendo così possibile il rientro dei container. (In senso conforme Trib. Genova, n. 1771/2022)

MI.F.

Documenti

Un nuovo statuto dei diritti nella società dei cambiamenti.

Guido Alpa

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

Sommario: 1. *Due visioni del diritto.* - 2. *Origine dei nuovi diritti.* - 3. *Un catalogo dei nuovi diritti. La vita familiare.* - 4. *Nuovi diritti reali.* - 5. *Diritti nascenti dal rapporto contrattuale.* - 6. *Nuovi diritti e tecnologie digitali.* - 7. *Congedo.*

1. Due visioni del diritto.

Il titolo di questo contributo unisce lo statuto dei *nuovi* diritti alla società dei *cambiamenti*, e quindi si riferisce alla fase storica che stiamo vivendo, definita, nella prospettiva giuridica, come "diritto postmoderno" (1). È questa una locuzione cara ad uno dei giuristi più significativi del secondo Novecento, e delle due decadi del nostro secolo, Paolo Grossi, che ci ha accompagnato fino a qualche mese fa dopo aver percorso una lunga e luminosa carriera di studioso e aver donato straordinari frutti della sua intelligenza (2) La stagione dei nuovi diritti evoca però anche un altro nome, altrettanto famoso e altrettanto importante: quello del mio Maestro Stefano Rodotà, il quale per tutta la vita ha testimoniato il ruolo propulsivo del diritto e dei giuristi nel promuovere le libertà e i diritti civili. (3) Per parte sua nel 2012, Rodotà aveva rivolto ai giuristi un interrogativo inquietante: «Nasce un nuovo catalogo dei diritti, che trova un primo tentativo di sistemazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ma quali regole devono accompagnare i nuovi diritti? È continua la tentazione di usare la legge non per dare ai diritti la loro giusta cornice, ma per subordinarli a valori non condivisi, ad un'etica di Stato: nascono così cattive leggi; i nuovi diritti non sostituiscono quelli antichi: il mondo dei diritti vive di accumulazioni, non di sostituzioni; i diritti sociali si affiancano ai diritti civili e politici, ma non li scalzano, altrimenti sarebbe troppo facile dire che questi ultimi sono un insostenibile lusso quando vi sono bisogni elementare da soddisfare». (4)

Le due visioni del diritto, quella di Grossi e di Rodotà, muovevano da presupposti diversi, anche per la loro diversa formazione culturale e la loro diversa storia personale. Ma presentavano molti aspetti comuni: l'idea che il diritto non potesse essere confinato solo nel mondo delle leggi - in quell'"assolutismo giuridico" (5) contro il quale Grossi aveva condotto una battaglia coraggiosa, non sempre vincente - e il diritto non potesse essere considerato come la mera crisalide formale entro la quale registrare la distribuzione del potere e i rapporti interindividuali, dovendosi piuttosto modellare il diritto come un centro propulsivo di aspirazioni, valori, pretese, mediante le quali si possa dare piena attuazione alla realizzazione della personalità umana come predicato dalla nostra Costituzione, all'art.2. (6) Entrambi, poi, volgevano lo sguardo al di là dell'individualismo esasperato che connota la società moderna, poco incline alla inclusione e all'egua-

glianza, ma soprattutto avara di spinte solidali, per ricostruire la dimensione collettiva del vivere sociale: basti ricordare gli studi di Paolo Grossi sulla proprietà collettiva, sugli usi civici, sulle terre collettive, e le proposte di Stefano Rodotà sui beni comuni, che discendevano dalle sue ricerche, iniziate nel 1960, sul terribile diritto (per l'appunto la proprietà borghese di stampo napoleonico) e approdate alla relazione presentata al Ministero della Giustizia nel 2007 per la revisione della disciplina del codice civile sui beni e per la introduzione di una nuova categoria, i beni comuni, non contrassegnata dall'appartenenza ma dalla loro funzione sociale e dalla loro fruizione collettiva (7).

Ecco, il diritto postmoderno comincia di qui e si dipinge anche in questo modo.

La stagione dei diritti ha percorso molta strada da quando fu descritta nelle pagine memorabili di Norberto Bobbio (8) e non si attesta solo alla conquista di nuovi spazi individuali, ma coinvolge anche i gruppi, le comunità, le aggregazioni dei consociati. La costruzione dei nuovi diritti nella dimensione individuale rimane, ovviamente, quella dominante, secondo le categorie che la scienza giuridica ha elaborato da secoli e che continuano a svolgere la loro funzione ordinante: il diritto soggettivo, proprio perché creato in capo all'individuo si presta di più a soddisfare gli interessi del soggetto piuttosto che non una pluralità di soggetti; e tuttavia le dinamiche che pervadono la società postmoderna si snodano secondo vie che coinvolgono gli individui e le loro aggregazioni: i "social" di cui si dirà, ci presentano l'individuo, isolato nel suo solipsismo, in contatto virtuale con l'altro, di cui egli avverte il bisogno, attraverso la formazione di gruppi che comunicano tra loro soltanto mediante internet.

Tenendo conto delle due componenti del titolo di queste pagine - nuovi diritti, nuovi cambiamenti - occorre dunque tentare, almeno con il metodo esemplificativo, di tracciare un catalogo significativo, che tenga conto dei fattori che si fanno promotori di nuovi interessi, di nuove pretese a cui il diritto, al quale ormai ci si rivolge per risolvere la maggior parte dei problemi, deve dare voce e protezione. È appena il caso di osservare che, scegliendo questa prospettiva, e avviando il discorso in questo solco, si compie una scelta netta e chiara: quella che si contrappone al *minimalismo dei diritti*, in voga presso alcuni costituzionalisti nordamericani, per accogliere la via della *proliferazione* dei diritti, considerata nella nostra cultura giuridica come la risposta democratica agli eccessi del libero mercato, della globalizzazione, della digitalizzazione diffusa, ed ora, della intelligenza artificiale. (9) Si è parlato di *retorica dei diritti* e di *crisi dell'età dei diritti*. (10) In realtà, secondo i parametri del pensiero occidentale, solo l'espansione dei diritti - anche tenuto conto del loro costo - consente alle moderne democrazie di stare al passo con l'evoluzione dei costumi, della scienza e della tecnica.

2. Origine dei nuovi diritti.

Come nascono i nuovi diritti? Per l'appunto dall'evoluzione sociale, dalle esigenze economiche, dalle rivoluzioni biologiche e tecnologiche. Nascono anche da eventi inattesi e catastrofici, come la pandemia di Covid o i flussi degli immigrati cagionati da terremoti, inondazioni, carestie, vicende belleche,

sistemi afflitti da instabilità politica, campagne discriminatorie a sfondo religioso e razziale. Questi ultimi aspetti richiederebbero una analisi approfondita che non si adatta alle circostanze che hanno originato queste pagine. (11)

Anche in questa prospettiva restano fondamentali gli studi di Stefano Rodotà: tutti i suoi libri ci parlano dei nuovi diritti, da *La vita e le regole*, in cui si descrivono i diritti del corpo umano nel progresso delle scienze biologiche e il diritto all'autodeterminazione, che consente il coinvolgimento della persona negli interventi medici e nella sperimentazione di nuove tecniche e nuovi farmaci, a *Tecnologie e diritti*, che si avventura nei meandri dell'elettronica, dell'informatica e della intelligenza artificiale, a *Il mondo della rete* che prefigura una disciplina di internet nella quale si garantisce a tutti l'accesso ad un sistema che fornisce informazioni e che assomiglia in termini moderni alla alfabetizzazione dei primi del Novecento, richiedendo dunque un servizio destinato costituzionalmente a tutti i cittadini, e *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, per attirare l'attenzione sui risvolti politici delle rivoluzioni scientifiche, a *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, per sottolineare come la convivenza sociale debba poggiare su valori condivisi di rispetto della dignità della persona, di inclusione e di comprensione dell'altro.

In questo brulichio di nuovi diritti qual è il ruolo del legislatore, della giurisprudenza e dell'avvocatura? Il ruolo del legislatore è stato distratto, recessivo, saltuario: pur essendo strettamente necessario, anche in una moderna divisione dei poteri, non riesce a rincorrere le spinte della società, della scienza e delle tecnologie, sicché spetta, almeno in prima battuta, alla giurisprudenza - e quindi all'avvocatura che ne attiva l'ingresso e ne agevola e ne discute la funzione - la soluzione primaria dei problemi, attraverso la soluzione dei nuovi casi. (12) È se mai il legislatore europeo - nei limiti delle sue competenze - a rimediare alle lacune dell'ordinamento dapprima con raccomandazioni e proposte, e poi con le fonti secondarie. (13)

Rispetto al passato, anche recente, ci troviamo in un mondo più complesso, in cui le dichiarazioni dei diritti, cioè i cataloghi dai quali attingere le situazioni soggettive meritevoli di tutela sono collocate in diversi ambiti normativi ed affidate a corti costituite in diversi contesti, con nomine e composizioni differenziate, e con prerogative e competenze differenziate. Il loro continuo operare, contemporaneo ma non sovrapposto, talvolta però conflittuale, evoca quel *dialogo tra le corti* che si fonda su criteri di natura formale, anche se risente del loro valore politico. (14)

3. Un catalogo dei nuovi diritti. La vita familiare.

Un catalogo dei nuovi diritti non può che iniziare dai diritti umani. Qui la novità è data dalle nuove prospettazioni che gli avvocati hanno effettuato presso la Corte di Strasburgo e i giudici di quella Corte hanno accolto. Tra i numerosi diritti umani che campeggiano nella Convenzione EDU, quelli relativi alla famiglia e alla vita familiare mi sembrano tra i più avanzati, se possibile disegnando una nozione di famiglia e di vita familiare più progressiva rispetto a quella ricostruibile sulla base delle disposizioni della nostra Costituzione.

Ecco qualche esempio di applicazione dell'art. 8 della CEDU. La famiglia è intesa come un gruppo di persone che vivono insieme, ed è la convivenza il legame che sviluppa la personalità dell'individuo (Olsson c. Svezia, 1988). La vita familiare costituisce una nozione autonoma rispetto alla vita privata (Marckx c. Belgio, 1979). La famiglia è considerata

sia nella sua versione tradizionale, composta da due membri di sesso diverso uniti in matrimonio, sia nella versione moderna costituita da coppie non unite in matrimonio, ma semplicemente conviventi, siano esse di sesso diverso o dello stesso sesso.

È la convivenza il fattore che qualifica il rapporto che lega i famigliari di fatto (Johnston e altri c. Irlanda, 1986). La coppia di fatto è riconosciuta come tale se la durata della convivenza è stata apprezzabile ed eventualmente se ha dato origine a dei figli (X,Y, Z c. Regno Unito, 1997). La nozione di vita familiare è estesa anche alle coppie omosessuali (Oliari e altri c. Italia, 2015). La nozione di famiglia comprende anche i figli maggiorenni se conviventi (Belli e Arquier-Martinez c. Svizzera). La motivazione del caso Katsikeros c. Grecia riassume la giurisprudenza della Corte sulla rilevanza della famiglia di fatto. Non può considerarsi una famiglia la relazione meramente biologica tra un genitore e il proprio figlio: occorrono cioè altri fattori perché si possa creare una famiglia (v. ancora Katsikeros c. Grecia): è il caso dell'unione del padre naturale con il figlio nato fuori dal matrimonio.

La sussistenza o meno di una vita familiare che lega le persone è oggetto di accertamento di fatto, e sono le circostanze concrete a determinare l'esistenza di una "famiglia" (L. contro Paesi Bassi, 2004). È perciò considerata una famiglia che dà luogo ad una vita familiare anche la convivenza di un minore con una coppia con cui egli non abbia alcun legame biologico, ma solo affettivo (Moretti e Benedetti c. Italia, 2010), mentre non è considerata una famiglia da cui derivi una vita familiare la convivenza di un minore durata un anno con una donna che aveva ottenuto la dichiarazione dello stato di adottabilità (Marchi c. Italia, 2021). Sempre le circostanze di fatto hanno condotto la Corte ad escludere che si fosse formata una famiglia ed una vita familiare nel caso Paradiso e Campanelli c. Italia (2017), in cui il minore conviveva con la coppia da circa otto mesi in una condizione di precario legame giuridico, senza avere alcun legame biologico con i conviventi. È dunque l'accertamento delle circostanze di fatto che guida la Corte ad accertare se sussistano legami affettivi nati dalla convivenza che giustificano la sussistenza di una vita familiare (Nylund c. Finlandia, 1999; L. c. Paesi Bassi, 2004; Anayo c. Germania, 2010).

Anche una vita familiare solo progettata può avere rilevanza (Pini e altri c. Romania, 2004); il matrimonio religioso non riconosciuto dallo Stato dà luogo ad una famiglia, ma non implica l'obbligo di riconoscimento dello Stato a fini pensionistici o successorii (erife Yi it c. Turchie, 2010).

La nozione di "vita familiare" di cui all'art. 8 della Convenzione è più estesa della nozione di "famiglia", come dimostra il fatto che la Corte ha riconosciuto l'applicabilità della disposizione anche al caso di convivenza di fratelli (Moustaquim c. Belgio, 1991; Mustafa e Arma an Akin c. Turchia, 2010), o di zii e nipoti (Boyle c. Regno Unito, 1994). I rapporti intergenerazionali, tra nonni e nipoti, sono considerati più flebili, così come i rapporti istituiti tra adulti e loro genitori, o tra fratelli e sorelle (Bernhebb c. Francia, 2003).

Anche la Corte costituzionale, specie negli anni recenti, ha elaborato importanti sentenze riguardanti nuovi diritti della persona e della famiglia, nella latitanza del legislatore civile. (15) Da ultimo, si possono menzionare la sentenza n.209 del 2022 in cui la Corte ha dichiarato ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 741, lettera b), primo periodo, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022),

nella parte in cui stabilisce: «per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e i componenti del suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente». La sentenza n.195 del 2022 in cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza), nella parte in cui non esclude, dal novero delle cause ostative al riconoscimento del diritto di cittadinanza, la morte del coniuge del richiedente, sopravvenuta in pendenza dei termini previsti per la conclusione del procedimento.

La sentenza n. 131 del 2022 in base alla quale in caso di riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome paterno salva la facoltà dei genitori, di comune accordo, di trasmettere anche il cognome materno garantendo l'effettiva parità dei genitori, la pienezza dell'identità personale del figlio e di salvaguardare l'unità della famiglia.

La sentenza n. 88 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1957, n. 818 (Norme di attuazione e di coordinamento della legge 4 aprile 1952, n. 218, sul riordinamento delle pensioni dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti), nella parte in cui non include tra i destinatari diretti ed immediati della pensione di reversibilità i nipoti maggiorenni orfani riconosciuti inabili al lavoro e viventi a carico degli ascendenti assicurati.

La sentenza n. 79 del 2022, che è ancora più pregnante. Essa, facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, ha pronunciato l'incostituzionalità dell'art. 55 della l. 4 maggio 1983 n.184 (diritto del minore ad una famiglia) nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Si legge nella sentenza che «il riconoscimento al minore di legami familiari con i parenti del genitore, in conseguenza dell'acquisizione dello stato di figlio, riveste - (...) (Corte EDU, sentenza Marckx, paragrafo 45) - un significato pregnante e rilevante nella nozione di "vita familiare" e va a comporre la stessa identità del bambino (sentenza Menneson, paragrafi 96-101; sentenza Labassee, paragrafi 75-80)» si che «si deve ritenere che la norma censurata, ponendosi in contrasto con l'art. 8 CEDU, violi gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, primo comma, Cost.».

Non si è ancora risolta la questione della genitorialità di entrambe le donne conviventi, di cui una sia diventata madre del minore mediante procreazione artificiale, anche se la Corte costituzionale ha più volte sollecitato il legislatore a provvedere in questo senso: da ultimo la Corte, con la sentenza n. 230 del 2020, ha messo in luce che «la giurisprudenza ha già preso in considerazione l'interesse in questione, ammettendo l'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia). In questa chiave, «si esclude che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962)» Una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto

con la "madre intenzionale", che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore» (sentenza n. 221 del 2019).

4. Nuovi diritti reali.

In materia di proprietà e diritti reali, per quanto si possa pensare che la materia sia tendenzialmente immobile, attese le sue ascendenze auliche e il principio di tipicità dei diritti reali, riscontriamo novità, in parte derivanti dalla applicazione della CEDU, in parte correlate all'intervento del legislatore, nazionale ed europeo, e poi alle esigenze dettate dalla transizione ecologica.

Oltre all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, nelle materie (peraltro esigue) di sua competenza ha riconosciuto e garantito la proprietà privata, occorre menzionare la corposa giurisprudenza della Corte EDU che ha parificato il concetto di «bene» a quello di «proprietà» (Cedu 19 ottobre 2000 caso Ambruosi c. Italia; Cedu 5 gennaio 2000 caso Beyeler c. Italia; Cedu 3 luglio 2003 caso Buffalo s.r.l. c. Italia), «riconoscendo così la protezione prevista dalla CEDU, oltre che alle cose corporali, anche a quelle incorporeali, ai diritti di credito, ai brevetti e all'avviamento commerciale» (16). E proprio la disciplina dell'espropriazione, collaudata da quasi un secolo, a proposito dell'indennizzo, e nonostante il principio di funzione sociale della proprietà, è stata travolta dalla giurisprudenza della Corte EDU con la vicenda *Scordino c. Italia*, troppo nota per essere ripresa per intero, (17) per la quale la Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, e poi la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 bis del dl. n. 333 del 1992 e del primo comma dell'art. 37 del dpr. n. 327 del 2001 che prevedevano per l'espropriato indennità inferiori al valore di mercato del bene sottratto al proprietario.

Sempre a proposito di rimedi a favore della proprietà una sentenza recente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha risolto il contrasto tra sezioni della Corte in ordine alla prova che il proprietario deve fornire per ottenere il risarcimento del danno da occupazione illegittima, ritenendo che il danno sia *in re ipsa*, e da liquidarsi in via equitativa, salva la prova di un danno maggiore, che deve essere circostanziato. (18)

La transizione ecologica ha introdotto un nuovo soggetto di diritto (19), la comunità energetica, un'associazione sui generis - una sorte di impresa sociale - istituita tra comproprietari, piccole e medie imprese, e istituzioni pubbliche, in modo aperto, a cui possono aderire altri proprietari successivamente alla sua istituzione, che autoproduce energia e la fornisce ai propri membri a prezzi accessibili (20) e la può vendere anche a terzi, se la produzione di energia è superiore al fabbisogno dei partecipanti.

Ed è ormai assodato che il principio del numero chiuso dei diritti reali è da tempo superato: ciò avviene per i diritti reali immateriali (21), per i diritti edificatori, per la conformazione negoziale dell'appartenenza, per la multiproprietà, per la cubatura d'aria, e così via (22).

Si deve poi considerare la nuova prospettiva con cui, al di là delle proposte di disciplina dei beni comuni, gli studiosi del diritto amministrativo hanno rielaborato la disciplina dei beni pubblici, ormai distante da quella recata dal codice civile agli artt. 812 ss. (23)

5. Diritti nascenti dal rapporto contrattuale.

La disciplina del contratto è una fucina straordinaria per la creazione di nuovi diritti, legata com'è alla autonomia privata, alla libertà di innovazione di tipi contrattuali, alla articolazione di clausole contrattuali particolari.

Vorrei fare riferimento a due questioni complesse, e in via di soluzione giurisprudenziale, ove il legislatore non ritenesse di intervenire per dire la parola definitiva in materia.

Dei diritti dei consumatori si è molto discusso, attesa la rilevanza di questo settore per l'economia e considerate le decine di direttive europee che ne hanno scandagliato tutti gli aspetti. (24) Una nasce dal caso Lexitor (25), che ha interessato dapprima la Corte di Giustizia, la quale, in una vicenda riguardante il rimborso anticipato del credito al consumo, ha stabilito che il consumatore ha diritto alla restituzione di una quota di tutti i costi posti a suo carico per il periodo nel quale non ha goduto del finanziamento, considerando il costo totale del credito, includendosi in esso non solo i costi "running" ma anche quelli iniziali (upfront), quali l'istruzione della pratica, le provvigioni dell'intermediario, etc. (26) A seguito della sentenza, l'ABF, con diversi provvedimenti, uno dei quali collegiale, (27) ha ritenuto che l'art.125 sexies TUB deve essere interpretato nel senso che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito, compresi i costi up front". Il legislatore, peraltro non tempestivamente (28), era intervenuto, precisando che « Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte». Ma il Tribunale di Torino (29) aveva sollevato la questione di costituzionalità della nuova norma, sotto il profilo della irragionevole disegualianza che essa introduceva rispetto ai contratti in essere. La Corte costituzionale con la sentenza n.263 del 2022 ha ritenuto costituzionalmente illegittima la disposizione del TUB limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia», sicché «l'art. 125-sexies, comma 1, del TUB che resta vigente per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge n. 106 del 2021, in virtù dell'art. 11-sexies, comma 2, può nuovamente accogliere il solo contenuto normativo conforme alla sentenza Lexitor. L'eliminazione della parte di disposizione rimuove, pertanto, l'attrito con i vincoli imposti dall'adesione dell'Italia all'Unione europea». E la Corte, valendosi dei suoi poteri, ha stabilito che la nuova interpretazione, in parte abrogativa, debba essere osservata solo per il futuro.

Questa vicenda conferma come operi l'intreccio delle fonti, ma anche il dialogo tra le Corti, interne ed europee, e di diverso livello.

Occorre, per completare questo punto, tener conto della recente sentenza della Corte di Giustizia, del 9 febbraio 2023 con la quale, con riferimento alla direttiva 2014/17UE del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori acquirenti di beni immobili residenziali, ha disposto che l'art.25 §1 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che prevede che il diritto del consumatore alla riduzione totale del costo del credito, in caso di rimborso anticipato, *includa soltanto gli interessi e i costi dipendenti dalla durata del credito*.

Questa correzione di rotta, anche se introdotta in un settore affine, dovrebbe rimediare alle incertezze che ancora investono l'intera vicenda del credito al consumo.

Sempre a proposito delle clausole contenute nei contratti dei consumatori, e delle informazioni preventive che debbono essere fornite al consumatore (30), o alla parte "debole", è significativa la vicenda della validità dei contratti derivati.

Qui entrano in gioco anche Corti straniere, in particolare la High Court di Londra, adita dai clienti delle banche che lamentavano la conclusione di contratti derivati sulla base di informazioni incomplete, tali da non consentire la valutazione dell'alea implicata dall'operazione finanziaria. (31)

Il tema, cose si sa, è molto controverso, sia dal punto di vista del tipo, della quantità e della qualità delle informazioni da fornire al cliente (32), sia dal punto di vista della meritevolezza della causa(33): una giurisprudenza consolidata di merito si è equamente divisa tra libertà di creazione del contratto e di ripartizione dei rischi tra le parti e nullità del contratto per carenza di "alea razionale" (34). Ora, un conto sono i contratti derivati conclusi dalle pubbliche Amministrazioni, dichiarati dapprima leciti (35) e poi nulli con un provvedimento del 2013 (36), altra cosa sono i contratti derivati conclusi dai consumatori senza ausilio di un consulente finanziario, che, per la difficoltà tecnica dell'operazione, non sono in grado di prefigurare i rischi dell'operazione, altra cosa ancora i clienti, spesso adeguatamente competenti, che hanno accettato il rischio, o hanno sottoscritto il contratto sulla base della consulenza di operatori finanziari. (37)

Inopinatamente la Corte di Cassazione si è addentrata sul terreno della causa, sì che la dottrina ne ha bollato la correttezza dogmatica del ragionamento. (38)

In altra occasione la Corte di Cassazione, con una dotta e compiuta motivazione, ha stabilito come debbono intendersi gli obblighi di informazioni dell'investitore prescritti dal TUB e dai regolamenti ad esso connessi. Il caso riguardava la sottoscrizione di "obbligazioni Argentina", che il funzionario di banca aveva sconsigliato all'investitore, tenendo conto del suo profilo di rischio, e che l'investitore [aggiungo io, tenendo conto degli interessi assai alti prodotti da questi strumenti finanziari] aveva comunque voluto sottoscrivere. La Corte ha ritenuto che l'informazione del cliente, specie se consumatore, debba essere *attiva e costante*, sia nel momento di sottoscrizione del contratto quadro, sia al momento della sottoscrizione degli atti esecutivi.

Grande dibattito e qualche sconcerto hanno sollevato le sentenze della Corte di Giustizia che hanno consentito la verifica della validità delle clausole vessatorie contenute nei contratti del consumatore nella fase monitoria e nella fase esecutiva, travolgendo un principio secolare, di intangibilità della *res iudicata* e di certezza del diritto, che sembravano insormontabili. (39)

La sentenza del 17 maggio 2022 relativa alla causa C-600/19, in concomitanza con altre quattro cause (C-693/19, C-725/19, C-831/19 e C-869/19) ha infatti stabilito che il principio di effettività e il principio di equivalenza prevalgono sul principio di res iudicata, dovendosi tutelare la parte debole del contratto. Nel conflitto tra principi generali, la protezione del consumatore è considerata la finalità da privilegiare.

Il principio applicato dunque dalla sentenza è il seguente: «L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che, a causa degli effetti dell'autorità di cosa giudicata e della decadenza, non consente né al giudice di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di clausole contrattuali nell'ambito del procedimento di esecuzione ipotecaria, né al consumatore, dopo la scadenza del

termine per proporre opposizione, di far valere il carattere abusivo di tali clausole nel procedimento in parola o in un successivo procedimento dichiarativo, quando dette clausole siano già state oggetto, al momento dell'avvio del procedimento di esecuzione ipotecaria, di un esame d'ufficio da parte del giudice quanto al loro eventuale carattere abusivo, ma la decisione giurisdizionale che autorizza l'esecuzione ipotecaria non comporti alcun punto della motivazione, nemmeno sommario, che dia atto della sussistenza dell'esame in parola né indichi che la valutazione effettuata dal giudice di cui trattasi in esito a tale esame non potrà più essere rimessa in discussione in assenza di opposizione nel termine citato». (40) Per quanto sia encomiabile l'orientamento della Corte di Giustizia che privilegia il principio della tutela della parte debole nel rapporto contrattuale, molte perplessità suscita la sentenza con cui la Corte ha ritenuto vessatorie le clausole del contratto concluso dal cliente con l'avvocato riguardanti le modalità del compenso a questo dovuto, perché quantificate con il calcolo orario e non preventivamente delimitate. Un conto è osservare il precetto della obbligatorietà del preventivo - peraltro sempre approssimativo perché non si possono antivedere gli sviluppi del procedimento - altro conto è fissare il compenso con tariffe orarie, sistema impiegato nella prassi soprattutto dagli studi forensi internazionali.

La vicenda, nella causa C-395/21, decisa dalla Corte con la sentenza del 12 gennaio 2023, riguardava il pagamento dei compensi (stimati in 100 euro orari) per cinque procedimenti penali; il giudice di merito aveva calcolato l'ammontare complessivo e poi lo aveva dimezzato, con intenti sanzionatori, in quanto aveva ritenuto che, pur essendo la clausola chiara, «il consumatore medio non era in grado di comprenderne le conseguenze economiche, anche tenendo conto delle altre clausole dei contratti di cui trattavasi, in particolare della clausola relativa alle modalità di pagamento, che non prevedeva né la presentazione da parte dell'avvocato di relazioni concernenti i servizi forniti, né la periodicità del pagamento di questi ultimi». Di qui il dubbio della Corte Suprema lituana sottoposto ai giudici europei sulla validità delle clausole del contratto. Pur essendo esse riferite al «prezzo» della prestazione, e quindi, all'oggetto del contratto, di per sé non suscettibile di sindacato da parte della Corte ex art.4 c.2 della direttiva n.13 del 1993 sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, la Corte ha rilevato che «la comunicazione, prima della conclusione del contratto, delle informazioni in merito alle condizioni contrattuali ed alle conseguenze di detta conclusione, sono, per un consumatore, di fondamentale importanza. È segnatamente in base a tali informazioni che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista (sentenza del 9 luglio 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

In più, «Le informazioni in parola, che possono variare in funzione, da un lato, dell'oggetto e della natura delle prestazioni previste nel contratto di servizi legali e, dall'altro, delle regole professionali e deontologiche applicabili, devono contenere indicazioni che consentano al consumatore di valutare il costo totale approssimativo dei servizi di cui trattasi. Tali sarebbero una stima del numero prevedibile o minimo di ore necessarie per fornire un determinato servizio, oppure un impegno a inviare, ad intervalli ragionevoli, fatture o relazioni periodiche che indichino il numero di ore di lavoro svolte. Spetta al giudice nazionale, come ricordato al punto 38 della presente sentenza, valutare, tenendo conto di tutte le pertinenti circostanze della conclusione di tale contratto, se le informa-

zioni comunicate dal professionista prima della conclusione del contratto abbiano consentito al consumatore di prendere la sua decisione con prudenza e con piena cognizione delle conseguenze finanziarie derivanti dalla conclusione di detto contratto.» (41)

6. Nuovi diritti e tecnologie digitali.

La società tecnologica ha comportato, come si anticipava, la elaborazione di nuovi diritti, sia a livello costituzionale, sia al livello della disciplina dei rapporti tra privati. Diritto di accesso, libertà di espressione, diritto alla privacy, diritto all'oblio (42) sono ormai divenuti i capisaldi di una vera e propria branca del diritto, sulla quale non è necessario diffondersi in modo approfondito (43). Le nuove tecnologie hanno imposto un ripensamento dei diritti umani, perché le Carte dei diritti sono state elaborate (se si fa eccezione per la Carta di Nizza) in tempi di molto anteriori agli sviluppi scientifici dell'informatica, della telematica e dell'intelligenza artificiale (44).

Questi fenomeni hanno introdotto un nuovo modo di vivere e di pensare alla persona umana, Stefano Rodotà direbbe che hanno richiesto la fondazione di una nuova antropologia, dominata dai poteri forti (45), nuovi, penetranti e opachi. quindi hanno richiesto nuove tecniche di difesa della persona, come il *digital right to privacy*, che si oppone alla conservazione dei dati personali per un periodo superiore a quello necessario per il loro uso legittimo: è il caso deciso dalla Corte di Giustizia, che va sotto il nome di Digital Rights Ireland, C-293/12 e C-594/12 (46); o il caso Google Spain (C-131/12) sul diritto all'oblio e quindi alla cancellazione di dati dalle pagine di Internet ormai obsoleti, il caso Schrems (C-362/14) in cui la Corte ha invalidato la decisione della Commissione europea relativa all'esportazione di dati personali.

Ma per rincorrere l'evoluzione di queste tecnologie non basta rivolgersi al giudice. Occorre innanzitutto far intervenire le Autorità indipendenti del settore, in particolare il Garante della privacy. Numerosi sono i provvedimenti assunti in quest'ultimo periodo riguardanti le *chatbot*, e i pericoli che esse rappresentano per minori e persone emotivamente fragili (come Replika), i social delle chat vocali (come Clubhouse) che comportano la profilazione di milioni di persone registrate, di cui è oscura poi l'utilizzazione dei dati reperiti. (47) Nel contempo l'Unione europea ha approvato il Digital Market Act e il Digital Services Act, con cui si istituiscono altri diritti in capo ai singoli, che bilanciano la libertà di acquisizione e trattamento dei dati, divenuti ormai un fattore indispensabile dello sviluppo economico. (48)

Nel definire i criteri di funzionamento del mercato digitale l'Unione europea ha fissato con due regolamenti obblighi e divieti per i gatekeepers e le modalità di offerta dei servizi digitali. Il Digital Markets Act (DMA), Regolamento (EU) 2022/1925 del 14 settembre 2022 è entrato in vigore il 1° novembre 2022 mentre il Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali, che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), si applicherà dal 14 febbraio 2024.

L'intento degli organi europei è di instaurare un mercato che pone in equilibrio tutte le imprese, controllando i mezzi che esse utilizzano per acquisire dati dai clienti e verificarne l'impiego. La disciplina dei servizi digitali impone trasparenza sulla profilazione e il funzionamento delle piattaforme online, con obbligo per i fornitori di collaborare con le autorità e sottoporsi ad audit indipendenti.

Il catalogo dei diritti si arricchisce notevolmente, ma al tempo stesso, aumentano i rischi per la privacy, l'identità personale,

l'identità digitale. Non possiamo fare a meno delle "piattaforme digitali", ma dobbiamo controllare l'esercizio del loro potere al fine di tutelare i diritti fondamentali della persona. (49)

Sono preoccupanti gli effetti prodotti dalle applicazioni dell'intelligenza artificiale quando essa si sostituisce interamente alla mente umana. Specie nella valutazione dei fatti inerenti a procedimenti giudiziari, l'applicazione meccanica delle risultanze derivate da procedimenti analoghi - nel periodo precedente la valutazione - può portare a soluzioni errate, come risulta dalle ricerche effettuate con il metodo comparativo in altre esperienze, tali da ledere il principio di dignità e di eguaglianza delle persone (50). Ma anche la semplice classificazione dei curricula per l'assegnazione delle sedi può rivelarsi erronea se effettuata con programmi non appropriati. (51) E poi è sempre necessario controllare le fonti con cui si sono elaborati gli algoritmi per poter superare l'opacità delle loro risposte.

7. Congedo.

Nel "postdiritto" dobbiamo dunque prendere atto che anche principi consolidati da tempo immemorabile possono essere rivisitati, tenendo conto del bilanciamento degli interessi in gioco, e del ruolo che il giudice può rivestire nella interpretazione e applicazione delle regole giuridiche, tenendo conto delle nuove esigenze e della domanda di giustizia che nasce dalla coscienza sociale. Che si tratti di interpretazione creativa oppure di una nuova tecnica per valutare la legittimità degli atti dei privati è questione di teoria generale del diritto. Da tutto ciò emerge però con evidenza il ruolo propulsivo degli avvocati, da svolgere in collaborazione stretta con il giudice nell'adempimento di compiti che si possono ascrivere alla loro responsabilità sociale nella difesa dei diritti fondamentali.

Note.

- (1) Zaccaria, *Diritto postmoderno*, Bologna, 2022.
- (2) Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; ID., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020.
- (3) Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2014; Stefano Rodotà, *La vocazione civile del giurista*, saggi a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, 2013.
- (4) Rodotà, *La crisi economica comprime i diritti fondamentali*, CNF, Atti del VII Congresso di aggiornamento fornese, Roma, 2012 (e ne *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p.41 ss.
- (5) Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.
- (6) Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992.
- (7) Ministero della Giustizia, Commissione Rodotà - per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) - Relazione Roma, 2007).
- (8) Bobbio, *Letà dei diritti* (1989), Torino, 1992.
- (9) Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003; Douzinas, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart; contra: Mazzarese (T.), *Minimilismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberismo individualista?*, in *Ragion Pratica*, (2006), n. 26, pp. 179-208 T. Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002; Bin (R.), *Nuovi diritti, vecchie questioni, Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona*, Bologna, 212; Pino, *Crisi dell'età dei diritti?*, in *Etica e Politica*, 2013, I, p.87 ss.
- (10) Per una confutazione di queste tesi v. Pino, *Crisi dell'età dei diritti?*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, 1, p. 87 ss.
- (11) V. tuttavia Lamberti, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, 23 febbraio 2022.
- (12) Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.
- (13) Cremona, *New Technologies and EU Law*, Oxford, 2017.
- (14) Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015.
- (15) V. Scagliarini, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in Gruppo di Pisa, s.d.nel web.
- (16) Trimrchi, *La proprietà europea*, Jus Civile, 2018,4, 488; ID., *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Milano, 1975.
- (17) V. le sentenze 29 luglio 2004 e del 29 marzo 2006 della Corte EDU
- (18) Sassani e De Santis, *Note impromptu sul danno in re ipsa* in Sez. Un. n. 33645/2022 e Sez. Un. n. 33659/2022.
- (19) Direttiva 2003/30/CE per la promozione dei biocombustibili; - Direttiva 2002/91/CE sul rendimento energetico degli edifici; - Direttiva 2004/8/CE per la promozione della cogenerazione; - Direttiva 2001/77/CE per la promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili.
- (20) Berti e Bonaiti, *Aspetti e problemi delle recenti riforme in tema di realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Riv. Ambiente e diritto.*, 2023, n.1
- (21) *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. Resta, Torino, 2010.
- (22) Alpa, Donzelli, Fusaro, *Metamorfosi della proprietà*, Milano, 2020; Gambaro e Morello, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2011.
- (23) V. per tutti Cerulli Irelli, *Diritto pubblico della "proprietà" e dei "beni"*, Torino, 2022; Cerulli Irelli e De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, saggio destinato agli scritti in onore di Franco Bassi, sul web; *Il paesaggio di Alberto Predieri*, a cura di Morbidelli e Morsi, Firenze, 2019.
- (24) Per una ricognizione in ambito europeo v. Micklitz, *The fathers and mothers of consumer law and policy in Europe*, Firenze, 2019.
- (25) Corte di Giustizia, sentenza n. 383 del' 11 settembre 2019.
- (26) L'art.16 della direttiva 2008 n.48 dispone, a proposito del rimborso anticipato, che «Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto». Nella definizione dei termini usati la direttiva enuncia questo significato di "costo totale del credito": «costo totale del credito per il consumatore»: tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte».
- (27) ABF, provvedimento v. 2625 del' 11 dicembre 2019.
- (28) Con l'art.11-octies, commi 1, lettera b), e 2, del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, con la L. 23 luglio 2021, n. 106.
- (29) Ord.2 novembre 2021, in DB Giurisprudenza online.
- (30) Di Donna, *Obblighi informativi precontrattuali. 1. La tutela del consumatore*, Milano, 2008.
- (31) Il 12 ottobre 2021 la Commercial Court (Financial List division) della High Court of Justice of England and Wales si è pronunciata in una controversia riguardante la sottoscrizione di contratti finanziari derivati da parte del Comune di Busto Arsizio, smentendo la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 8770 del 2020, che riguardava derivati sottoscritti dal Comune di Cattolica (Caso n. 2021 EWHC 2706); la stessa Corte però ha ritenuto che un contratto derivato sottoscritto dal Comune di Venezia fosse nullo (14 ottobre 2022, 2019-000012).
- (32) Gaggero, *Appunti sui contratti bancari tipici*, in *Contr. E impresa*, 2019, p.450 ss.
- (33) Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015.
- (34) È una controversia che dura da decenni: v. Sangiovanni, *I contratti*

derivati tra normativa e giurisprudenza, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2010, II, 39; Girino, *I contratti derivati*, Milano, 2010.

(35) V. l' articolo 41 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria per il 2002.

(36) V. l' articolo 1, comma 572, legge 27 dicembre 2013, n. 147, legge di stabilità per il 2014.

(37) V. da ultimo Trib. Milano, 23 settembre 2022, n.7344.

(38) Barcellona, ne *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 2/2022 precisa che «La sentenza della Cassazione n. 21830/2021 si espone a incongruenze e contraddizioni, quando, per sancire la nullità di un Interest Rate Swap (IRS) privo dell'enunciazione di mark to market, criteri di calcolo, scenari probabilistici e costi impliciti, passa improvvidamente dal piano della formazione del consenso a quello della causa per approdare, infine, a quello dell'oggetto».

(39) D'Alessandro, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia*, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite, in *Judicium*, 2 novembre 2022; Marchetti, *Note a margine di Corte di Giustizia UE*, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte., in *Judicium*, 24 giugno 2022.

(40) Per dirlo con parole della Corte: «(occorre ricordare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali. La Corte ha, infatti, già avuto occasione di precisare che, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (v., in particolare, sentenze del 6 ottobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, punti 35 e 36, nonché del 26 gennaio 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, punto 46).

La Corte ha altresì riconosciuto che la tutela del consumatore non è assoluta. In particolare, essa ha ritenuto che il diritto dell'Unione non imponga a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13 (v., in particolare, sentenze del 6 ottobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, punto 37, nonché del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU: C: 2016: 980, punto 68), fatto salvo tuttavia, conformemente alla giurisprudenza richiamata al punto 39 della presente sentenza, il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Per quanto attiene al principio di equivalenza, si deve rilevare che la Corte non dispone di alcun elemento tale da far sorgere dubbi quanto alla conformità della normativa nazionale di cui al procedimento principale a tale principio. Dal fascicolo a disposizione della Corte non risulta che il diritto nazionale consenta al giudice dell'esecuzione di riesaminare una decisione giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, nemmeno in presenza di un'eventuale violazione delle norme nazionali di ordine pubblico.

Per quanto riguarda il principio di effettività, la Corte ha dichiarato che ogni caso in cui sorge la questione se una norma di procedura nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione deve essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, del suo svolgimento e delle sue peculiarità, nonché, se del caso, dei principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza del 22 aprile 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, EU: C: 2021: 313, punto 53). La Corte ha ritenuto che il rispetto del principio dell'effettività non può tuttavia supplire integralmente alla com-

pleta passività del consumatore interessato (sentenza del 1° ottobre 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C:2015:637, punto 62).

Inoltre, la Corte ha precisato che l'obbligo per gli Stati membri di garantire l'effettività dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione implica, segnatamente per i diritti derivanti dalla direttiva 93/13, un'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva, riaffermata all'articolo 7, paragrafo 1, di tale direttiva e sancita altresì all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si applica, tra l'altro, alla definizione delle modalità procedurali relative alle azioni giudiziarie fondate su tali diritti (v., in tal senso, sentenza del 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, da C-776/19 a C-782/19, EU: C: 2021: 470, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

A tal proposito la Corte ha dichiarato che, in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto di cui trattasi, il rispetto dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13 non può essere garantito (sentenza del 4 giugno 2020, Kancelaria Medius, C-495/19, EU: C: 2020: 431, punto 35 e giurisprudenza ivi citata).

Ne consegue che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali, alle quali si riferisce l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, non possono pregiudicare la sostanza del diritto spettante ai consumatori in forza di tale disposizione di non essere vincolati da una clausola reputata abusiva (sentenze del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU: C: 2016: 980, punto 71, nonché del 26 gennaio 2017, Banco Primus, C-421/14, EU: C: 2017:60, punto 51).

(41) Sul diritto all'informazione, in particolare in capo ai consumatori v. ora i contributi raccolti nel volume dedicato dai Colleghi al prof. Vincenzo Cuffaro su I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi, a cura di Massimo D'Auria, Roma, 2023.

(42) Da ultimo v. Cuffaro, *Una decisione assennata sul diritto all'oblio*, in *Corr. Giur.* 2019, n.10.p.1195 ss.; Resta e Zeno, *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.

(43) V. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, *Dir.inf.inf.*, 2020, p. 465 ss.; (e già Frosini V., *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1980).

(44) Berti, *Diritti umani. Nuovi diritti. Trasformazione dello Stato di diritto*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 7, 2003, p. 29 ss.

(45) Sul punto v. Ferrarese, *Poteri nuovi*, Roma-Bari, 2023; Rodotà, *Una Costituzione per Internet*, in *Pol.dir.*, 2010, n.3, p. 341 ss.

(46) Sul punto v. Pollicino, *Efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta*, in *Riv.dir.media*, 2018 n.3; Olivetti, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in *6 J.of Institutional Studies*, 2 (2020), p. 345 ss.; Rest e Zeno, *Il diritto all'oblio fra Internet e mass media*, Roma, 2015.

(47) V. la Relazione annuale presentata dal Garante, prof.Pasquale Stanzone, al Senato il 4 luglio 2022.

(48) Alpa, *Il Mercato Unico Digitale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n.1, 2021.

(49) *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022 (a cura del Garante della Privacy).

(50) V. Falletti, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, 2023.

(51) Cons. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8472, sulla graduatoria dei professori delle scuole secondarie. La Corte ha precisato che «la conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare - e conseguentemente sindacabili - le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.»

Intuizione e decisione del giudice civile.

Andrea Del Nevo

Magistrato

Sommario: 1. *Introduzione.* - 2. *I significati di intuizione.* - 3. *Il ragionamento giuridico.* - 4. *Conclusioni.*

1. Introduzione.

Chi scrive ritiene che solo pochi operatori pratici del diritto possano non condividere le parole di uno dei più grandi giuristi italiani del secolo scorso, e probabilmente di tutta la nostra tradizione giuridica.

Nella sua opera (a parere di chi scrive) più bella Piero Calamandrei faceva notare come il procedimento decisionale del giudice (ed in particolare di quello civile) contenesse un nucleo fondamentale di inconscio, che spesso non traspare nella sentenza.

Questa constatazione, riscontrata dal grande maestro nel corso di innumerevoli anni trascorsi come avvocato in numerosi tribunali italiani, è stata dallo stesso sintetizzata in alcuni passaggi dell'opera citata in nota che riteniamo opportuno riportare integralmente.

Calamandrei innanzitutto puntualizza che "... non dico, come ho sentito ripetere, che al giudice sia nociva la troppa intelligenza: dico che il giudice ottimo è quello in cui, sulla cauta cerebralità, prevale la pronta *intuizione umana* (corsivo d.r.). Il senso della giustizia, per il quale, appresi i fatti, si sente subito da che parte è la ragione, è una virtù innata, che non ha niente a che vedere colla tecnica del diritto: come nella musica, in cui la più grande intelligenza non serve a supplire alla mancanza di orecchio...".

Tale acuta osservazione viene collocata all'interno della più ampia tematica del rapporto tra dispositivo e motivazione.

In particolare Calamandrei fa notare che "... quantunque si continua a ripetere che la sentenza si può schematicamente ridurre a un sillogismo, nel quale, da premesse date, il giudice trae per sola virtù di logica la conclusione, avviene talvolta che il giudice nel formare la sentenza capovolga l'ordine normale del sillogismo: trovi, cioè, prima il dispositivo e poi le premesse che servono a giustificarlo...".

Il giudizio su questo tipo di comportamento non è però negativo, come il giurista potrebbe aspettarsi.

Calamandrei fotografa un tipo di condotta che ha riscontrato nel corso della sua lunga luminosa carriera, esprimendo apprezzamento per la stessa in termini di preferibilità.

Si riportano le sue parole, estremamente chiare ("... tutti gli avvocati sanno che i dispositivi giusti sono molto più frequenti delle motivazioni incensurabili... cioè accade perché talvolta il giudice, nel quale le doti morali siano superiori a quelle intellettuali, sente per *intuito* (corsivo d.r.) da qual parte sta la ragione, ma non riesce poi a trovare gli espedienti dialettici per dimostrarlo..."), dalle quali emergono due sottolineature estremamente positive, costituite da un lato dal collegamento causale instaurato tra l'intuito (e più precisamente il suo uso) e la giustezza del dispositivo, e dall'altro lato dalla connessione tra una giusta decisione e le superiori doti morali possedute dal giudice che alla stessa pervenga.

La conclusione di tutto il ragionamento appena esposto (una delle pagine più importanti probabilmente di tutta la dottrina giuridica non solo nazionale) è costituita da una constatazione che urta contro le più radicate convinzioni dei giuristi, e cioè

"... che, nel giudicare, *l'intuizione* (corsivo d.r.) e il sentimento hanno assai spesso più larga parte di quello che dall'esterno non sembri: non per niente, direbbe qualcuno, sentenza deriva da sentire...".

E quando il giudice "... si affatica nell'escogitare a posteriori argomenti logici mezzi idonei a sorreggere una conclusione già suggeritagli in anticipo dal sentimento..." tale conclusione "... al giudice è fissata da quella misteriosa e chiaroveggente virtù di *intuizione* (corsivo d.r.) che si chiama il senso della giustizia...".

Calamandrei dunque ci descrive una condotta, probabilmente più praticata di quanto sapesse lui stesso (dato che non era Giudice...), che connota in termini positivi, come emerge chiaramente dall'uso del sostantivo "virtù" in relazione al termine intuizione.

L'insegnamento di cui sopra appare fondamentale per inquadrare le tematiche oggetto di questo saggio.

Calamandrei supera con grande coraggio, considerato il periodo storico in cui la sua opera fu elaborata, il dogma di una razionalità astratta e cosciente nella decisione giurisdizionale, aprendo lo studio sui processi decisionali giuridici ad approcci più interdisciplinari, che verranno resi possibili negli anni successivi grazie all'ausilio di altre discipline quali la psicologia e la sociologia.

D'altronde l'importanza della psicologia nella decisione era stata affermata dallo stesso autore in un fondamentale saggio anteriore.

Ci si riferisce al "Processo come giuoco", dove tra l'altro si legge che "... prima di studiare il diritto bisogna conoscere la psicologia" (p. 24) e "affinchè la domanda proposta dall'attore possa essere accolta ... dipende ... dalla forza di convinzione con cui le ragioni fatte valere dal richiedente riusciranno a suscitare risonanze e simpatie nella coscienza del giudicante" (p. 25).

Occorre però ulteriormente chiarire se l'oggetto di questo saggio sia costituito dall'intuizione, nei molteplici significati che di seguito si esporranno, o dall'intuito.

2. I significati di intuizione.

Per cercare di rispondere al quesito di cui sopra si possono prendere in considerazione le varie definizioni che il più noto vocabolario italiano riferisce al termine "intuizione".

Nella prima accezione tale termine viene indicato come "attitudine naturale a conoscere l'intima essenza delle cose, senza dover ricorrere o prima di far ricorso al ragionamento", mentre in un secondo significato viene specificato in senso filosofico come "particolare forma di conoscenza per cui l'oggetto risulta immediatamente presente alla coscienza in quanto non dipende da alcun processo logico e razionale". Esistono poi altri due significati, costituiti da un lato dalla "fruizione beatifica della conoscenza di Dio ad opera della grazia illuminante" e dall'altro lato dal cosiddetto "insight" psicologico, normalmente indicato come "capacità di comprendere processi mentali propri o di altre persone". Nel già citato dizionario si definisce invece "intuito" la "conoscenza o visione immediata senza intervento della riflessione di una realtà non evidente".

Per poter addivenire a formulare una definizione appagante di intuizione o intuito giuridico occorre prima di tutto eliminare le definizioni che appaiono evidentemente incompatibili con l'attività del giurista.

Si deve quindi ovviamente procedere subito a scartare il significato mistico della parola, mentre l'"insight" deve essere accantonato solo per la parte relativa al processo strettamente

decisionale, dal momento che per le finalità conciliative si tratta di una forma di intuizione particolarmente utile per le ragioni che verranno esposte successivamente.

Quanto ai restanti significati, occorre evidenziare come gli stessi possono trarre in inganno, in quanto ad una prima lettura sembrano attribuire ad intuizione ed intuito una natura irrazionale, come pare dedursi da espressioni tipo “senza ricorso al ragionamento”, “non dipende(n)te da alcun processo logico razionale” e “senza intervento della riflessione”.

In realtà l'intuizione che si analizza in questo scritto non è affatto “... un dono mistico che non può essere spiegato...” o una “... ESP (percezione extra sensoriale)...”.

L'autore appena citato, che è notoriamente il più importante studioso dell'intuizione di oggi, ci spiega infatti con chiarezza che il procedimento decisionale intuitivo è in realtà un procedimento razionale, che si radica però nella parte inconscia del nostro intelletto.

Più in particolare si tratta di un tipo di approccio ai problemi che ci permette “... di prendere decisioni rapidamente e senza consapevolezza o sforzo conscio...”, ma non in modo irrazionale, perché il fondamento di tale procedimento resta radicato nelle nostre pregresse conoscenze maturate nel tempo.

Detto in altri termini, l'intuizione “... è un risultato naturale e diretto dell'esperienza...” e, più particolare, “... è il modo in cui traduciamo le nostre esperienze in giudizi e decisioni...”. Negli ultimi anni l'intelligenza intuitiva è al centro di numerosi studi, soprattutto americani, sulla scia di un approccio sempre più articolato al problema della complessità dell'attività cerebrale (si pensi ai plurimi studi in materia di intelligenza emotiva).

Chi legge saprà senz'altro che tale recente rivalutazione del mondo scientifico dell'intuizione si è sviluppata soprattutto in riferimento alle organizzazioni imprenditoriali, ed in particolare alle figure dei manager, i quali sono costantemente costretti a prendere decisioni anche di grande delicatezza nel settore degli affari con la massima velocità possibile.

Tuttavia a parere di chi scrive l'origine economica degli studi recentemente pubblicati in questa materia non appare di ostacolo all'applicazione dei principi base degli stessi nel campo della decisione per eccellenza, e cioè della decisione giurisdizionale, in questo caso osservata nel più limitato campo della decisione del giudice civile.

Decidere resta infatti una opzione tra diverse alternative a prescindere dallo scopo (economico, familiare, giuridico) che si deve perseguire con la decisione, e questo consente di utilizzare proficuamente le nuove teorie scientifiche decisionali in un settore solo apparentemente lontano da quello in cui le stesse sono state elaborate.

Tali teorie hanno enucleato al loro interno alcuni principi fondamentali.

Uno dei concetti cardine delle nuove teorie “intuitive” è quello per cui occorre superare la radicata convinzione che una buona decisione debba conseguire ad un'analisi particolarmente approfondita di un problema.

Come è stato infatti giustamente osservato in un brillante saggio di recente pubblicazione”... viviamo in un mondo in cui si presume che la qualità di una decisione sia direttamente proporzionale al tempo e allo sforzo impiegati per prenderla... “, una realtà nella quale è “... infinitamente più facile dare ascolto a scienziati e avvocati perché questi ultimi possono fornire pagine e pagine di documentazione a sostegno del loro conclusioni...”.

Questo presunto rapporto di diretta proporzionalità tra quantità di analisi e bontà della decisione finale costituisce un vero e proprio dogma anche del pensiero giuridico contemporaneo, che nessun operatore del diritto sembra mai avere veramente messo in discussione.

Non è intenzione di chi scrive opporre ad un dogma un altro di segno opposto, ma è certamente scopo di questo scritto quello di dimostrare che esiste una via alternativa all'eccesso di analisi anche nella giurisdizione, perché proprio praticando a fondo il mestiere di giudice, soprattutto di primo grado, ci si accorge quotidianamente che “... una decisione presa in modo ultrarapido può essere altrettanto buona di una decisione presa con grande cautela dopo lunghe riflessioni...”. E ciò che stupisce il giurista studiando questa materia è il fatto che anche in ambiti non economici è da tempo conosciuta anche a livello empirico la capacità di risolvere situazioni complesse utilizzando procedimenti mentali fondati sull'esperienza, e più precisamente su porzioni delimitate della stessa.

Ci viene infatti ricordato come ad esempio nel basket il giocatore “... che sa cogliere tutto ciò che accade attorno a lui si dice che ha *court sense* (senso del campo)...”, mentre dei generali brillanti si dice “... che hanno *colpo d'occhio*...”, ed infine degli ornitologi più bravi a capire da lunghe distanze la specie del volatile osservato si dice che possiedono il *giss*, acronimo che indica, con termini elaborati dall'aeronautica militare, la General Impression of Shape and Size (e cioè l'impressione generale di forma e dimensioni).

Questa capacità del nostro inconscio di trovare il cosiddetto “pattern”, e cioè la particolare struttura o peculiarità di situazioni e comportamenti basandosi su sottili fette di esperienza, è nota tra gli scienziati come “ *thin - slicing*” (teoria delle fette sottili).

Detto in altre parole, è possibile risolvere problemi e situazioni anche notevolmente complessi utilizzando anche semplici porzioni di esperienze che si sono sedimentate nella nostra mente, e che proprio per la loro sottigliezza possono essere richiamate rapidamente nel processo decisionale.

Cio' che però deve essere chiaro al lettore è che l'approccio ai problemi basato sulla teoria enunciata deve considerarsi di natura razionale, anche se non esplicitata a livello conscio.

A questo proposito vale forse la pena di rammentare sinteticamente i risultati ai quali la scienza giuridica è pervenuta in relazione al ragionamento del giudice.

3. Il ragionamento giuridico.

Occorre dare atto che per moltissimi anni è rimasta tenacemente radicata nei giuristi soprattutto di scuola continentale l'idea della decisione giudiziale quale sillogismo, formato da una premessa maggiore, costituita dalla norma di legge, e da una minore, rappresentata dal fatto oggetto di valutazione giuridica; in questa prospettiva la semplice sussunzione del fatto alla norma consente di ottenere la decisione giusta.

Questa concezione fu espressa con grande chiarezza da uno dei più insigni giuristi italiani in un suo scritto a tematica processual-civilistica, e la si riporta di seguito con le sue parole “ ... ogni applicazione della norma giuridica, da chiunque, in qualunque forma, ed a qualunque scopo sia fatta, presuppone dunque sempre un giudizio logico, e precisamente un sillogismo, in cui la premessa maggiore è dato dalla norma, la minore del singolo rapporto di cui si tratta, la conclusione dalla norma di condotta speciale per quel dato rapporto, desunto dalla norma generale. Solo dopo

aver formulato questa norma particolare al singolo caso, sarà possibile determinare quale tutela è concessa dal diritto ad un interesse concreto...”.

Si tratta di una concezione che già in tempi poco recenti è stata sottoposta a revisione critica, in particolare ad esempio da un grande studioso danese di diritto, secondo cui “... il giudice non è un automa che meccanicamente converte norme di carta più fatti in decisioni. Egli è un essere umano che attenderà con cura al proprio compito sociale, prendendo decisioni che gli sente “giuste” nello spirito della tradizione giuridica culturale... e anche ad opera di un acuto studioso di filosofia, che tra le tante notazioni critiche alla teoria tradizionale aveva fatto osservare come “... il giudice è ben lontano dal possedere l’automatica tranquillità di una macchina calcolatrice...”.

La difficoltà della tesi tradizionale era d’altronde già stata colta proprio dal suo autorevole e già citato sostenitore, il quale non aveva potuto fare a meno di notare che nel processo civile in realtà l’apparente sillogismo era costruito al contrario, in quanto la vera premessa del ragionamento era costituita dal problema, proposto dall’attore con il proprio atto introduttivo (e dal convenuto con eventuali riconvenzionali), “... se un determinato fatto o stato di fatto esistente da luogo a un determinato rapporto giuridico...”.

Da questa premessa posta dalle parti il giudice doveva muovere per trovare un termine medio tra il fatto ed il rapporto giuridico, e tale termine doveva considerarsi la norma giuridica, che serviva a stabilire che determinati fatti o situazioni di fatto rientrassero fra quelli regolati da essa.

Calogero ebbe però facile gioco a dimostrare che così strutturato il procedimento decisionale non aveva più nulla di sillogistico.

Riportiamo le parole del grande studioso che appaiono più chiare di qualsiasi eventuale commento: “... se questo è veramente un sillogismo... è ovvio che in esso il termine maggiore dev’essere più universale del termine medio... dev’essere meno ricco di determinazioni specifiche e perciò stesso più largamente predicabile, cioè riferibile come predicato a un maggior numero di soggetti. Ma il termine medio si presenta, qui, come la norma giuridica nella sua universalità, mentre il termine maggiore è il concreto rapporto giuridico di cui è questione, cioè lo specifico aspetto che la norma assume in quanto si vuole applicata alla fattispecie...”.

In altre parole, sempre del grande studioso menzionato, “... non c’è né sillogismo, né dualità di premesse, ma un unico giudizio sussuntivo della realtà di fatto sotto la norma di diritto...”.

Posta come appena esposto la decisione appare già quindi al di fuori dall’ambito della logica formale.

Ma in realtà la logica del giurista si pone addirittura al confine del concetto stesso di logica.

Calogero è ancora una volta estremamente chiaro: “... il fatto è ... che la vera grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse. Quando il giudice è arrivato alla convinzione che un certo modo di agire implica per legge una certa conseguenza giuridica... si muove per intero in un ambito che in questo senso non è logico, ma anzi prelogico o estralogico...”.

Nell’ambito di un processo decisionale che abbiamo visto non essere completamente logico occorre ricordare con Ross che “...l’amministrazione del diritto non è solo un’attività meramente intellettuale. Essa ha radici nell’intera personalità del giudice...”.

E credo che nessuno possa negare che componente essenziale della personalità del giudicante sia la sua esperienza, sia come giurista in particolare che come uomo in generale.

Per quanto riguarda quest’ultimo aspetto, un grande giurista del passato, in una lettera scritta ad un dodicenne che ambiva a diventare avvocato, ha sottolineato l’importanza dell’esperienza culturale nella formazione dell’operatore di diritto.

In quella lettera si legge tra l’altro che “...Nessuno può considerarsi un giurista veramente competente se non è un uomo di cultura. Se fossi in te, dimenticherei qualsiasi preparazione tecnica per quanto concerne il diritto...Il miglior modo per studiare il diritto è quello di giungere a tale studio come una persona già ben istruita... Per un giurista è non meno importante coltivare le facoltà immaginative leggendo poesia, ammirando grandi quadri, nell’originale o in riproduzioni facilmente accessibili, ascoltando grande musica. Rifornisci la tua mente di tante buone letture, e amplia e approfondisci i tuoi sentimenti...”.

Per i motivi appena esposti si comprende perché nel processo interpretativo abbiano rivestito sempre importanza centrale le massime di esperienza, che vengono definite come “... quelle nozioni generali, acquisite attraverso l’esperienza delle cose dalla più elementare alla più scientifica, mediante le quali è possibile considerare un dato fatto, di cui si è avuta o sia ha percezione o della cui certezza si è comunque convinti, come argomento o indizio della realtà di un altro fatto...”.

Si deve anzi precisare che le massime di esperienza hanno con il tempo acquisito un’importanza sempre maggiore nel processo decisionale, come è stato mirabilmente evidenziato dal grande giurista tedesco Stein.

Negli scritti di quest’ultimo si partiva dal principio di disposizione, che domina da sempre in misura più o meno maggiore i sistemi processual-civiltistici contemporanei, per superarne le ristrettezze, al fine di mostrare che il divieto per il giudice di servirsi nella decisione del suo sapere privato “... non dovesse essere inteso in senso assoluto, perché in tal caso non si sarebbe più potuto comprendere la possibilità del suo stesso argomentare e decidere...”.

La valorizzazione massima delle prove legali costituisce a parere del grande giurista germanico un sintomo sostanzialmente inequivocabile della volontà del legislatore di comprimere l’uso da parte del giudice della propria esperienza per risolvere una controversia, e tale concetto è espresso con grande precisione dalle parole che seguono “... tutta la concezione giuridica delle regole legali di prova ... voleva impedire che nel giudice si facesse valere l’uomo...”.

E questo fatto è giustamente stigmatizzato dallo Stein in una indimenticabile frase, che fonda il senso profondo dell’essere Giudice “...quanto più profondamente colti, quanto più esperti della vita sono i nostri giudici, tantomeno è da temere che s’impadroniscono da profani di questioni tecniche e prendano sul serio la quarta dimensione o gli spiriti folletti...”.

Da più di un secolo dunque non si può più seriamente sostenere che il lavoro del magistrato abbia una dimensione esclusivamente tecnico-giuridica o puramente logica in senso formale, per cui appare maturo il tempo per valorizzare i contributi provenienti da altri campi del sapere che possono migliorare il prodotto giurisdizionale.

Non sono mancati peraltro, soprattutto negli anni ’70, nuovi tentativi di ridurre il contributo del giudice uomo, valorizzando approcci matematico-statistici come elementi ormai indefettibili delle decisioni moderne.

Anche più recentemente tali teorie hanno conosciuto una

ripresa, soprattutto alla luce dei progressi dell'intelligenza artificiale, che si sta cercando di introdurre in ausilio, e forse anche in sostituzione, della decisione umana.

Il riferimento è meno recentemente alla presunta traslabilità nell'ambito giudiziario di teoremi e formule provenienti da ambiti matematici ed economici, come ad esempio il teorema di Bayes.

In attesa di qualche proposta che istituisca un Giudice-robot, i termini più attuali del dibattito investono da un lato criticamente le proposte del passato (ed in particolare proprio l'applicabilità del teorema di Bayes alle prove nel processo penale), e dall'altro lato quelle del presente (ad esempio l'applicazione giudiziaria degli algoritmi, anche in funzione predittiva degli esiti dei processi), seppur in termini non completamente negativi.

Vastissima è infine la letteratura relativa agli errori cognitivi (bias) dei giudicanti, successiva all'apparizione del fondamentale contributo nella più generale materia delle distorsioni cognitive del premio Nobel per l'economia Daniel Kahneman

4. Conclusioni.

Proprio lo spunto fornito dall'ultimo autore citato (nella parte in cui propone il "diritto ad un giudizio umano") sembra consentire di avviare questo contributo alle conclusioni, sciogliendo (forse) l'enigma interpretativo della tesi di Calamandrei.

Muovendo dal sostantivo "intuizione", potremmo già affermare che Calamandrei ne ribadisce la centralità in ogni momento del giudizio processuale.

Da ciò consegue in primo luogo che in moltissime cause la

prima impressione che si ricava dalla lettura degli atti introduttivi può spesso coincidere con la decisione finale.

È questo tanto più vero se si conferma in questa sede come l'esperienza giudiziaria insegna che la gran parte dei processi civili siano meno complessi di quello che credono gli operatori.

Il ruolo fondamentale che nella società civile rivestono avvocati e magistrati come compositori degli inevitabili conflitti sociali spesso induce gli stessi a credere che tutte le controversie debbano meritare una trattazione giuridica e probatoria estremamente articolata.

Senza scomodare le statistiche si può però tranquillamente affermare che la maggior parte del contenzioso italiano è costituito da tipologie di cause di estrema semplicità (contumaciali, opposizioni a decreti ingiuntivi, insidie, incidenti stradali, sfratti, etc...).

In molte di esse il rischio che si corre frequentemente è quello di rinnegare l'intuizione iniziale, in ossequio ad un presunto principio di completezza che in tali casi non ha ragione di essere.

Per le poche cause davvero complesse ovviamente l'intuizione iniziale deve essere accompagnata da tutti i necessari approfondimenti in fatto ed in diritto, che consentano di confermarne, ma anche smentirne, le conclusioni.

Solo per queste ultime controversie si deve recuperare l'aggettivo "umana" utilizzato da Calamandrei.

Se infatti le conclusioni più razionali a cui si perviene al termine del processo si dovessero caratterizzare per quella "cerebralità" da lui menzionata, questa dovrà sempre essere temperata e corretta dalla natura umana del giudizio, che resta una funzione al servizio di una comunità di uomini, e non di macchine.

Recensioni

Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura.

DONATO CARUSI

Ed. Olschki, Firenze, 2022, pp. 458, € 38

Recensione di Guido Alpa

Convenzionalmente il movimento di Law and Literature - volto a studiare le opere letterarie che trattano di questioni e di casi giuridici, di grandi processi, di condizioni sociali, o, di converso, le opere giuridiche come testi letterari nasce nel 1973 ad opera di uno studioso americano, James Boyd White's *The Legal Imagination* (1973): dopo la rivoluzione studentesca del '68, il mondo del diritto si apre in America alla cultura, associa il diritto, inteso come una "macchina tecnica" che governa la società, ripartisce diritti e obblighi, distribuisce potere e ricchezza, risolve le controversie, amministra la giustizia alle scienze sociali, all'economia, alla sociologia, e, ovviamente, alla politica. Per la verità, l'altra dimensione del diritto, rispetto a quella formalista, era stata scoperta in Europa già nel Medioevo, e poi con i Giusnaturalisti e gli Illuministi si era consolidata in un pluralismo di fonti vivido e articolato fino all'avvento dell'assolutismo giuridico dominato dalla legge. Ma spetta agli Americani l'estro di istituire corsi universitari in questa materia. L'innesto del diritto nella letteratura trova nella letteratura che parla di diritto l'aspirazione alla giustizia, la contrapposizione tra bene e male, l'esperienza della vita comune ordinata secondo sempre diverse graduatorie di valori.

Si appropriano di questo filone i filosofi, ne fanno un campo esplorato dall'ermeneutica, oppure, come insegna Richard Posner (*Law and Literature: A Misunderstood Relationship* (2009) una tecnica destinata ai giuristi per imparare dai letterati ad organizzare il loro discorso, i loro argomenti, le loro arti persuasive. È una prospettiva riduttiva, che depaupera e strumentalizza il testo letterario sempre ricco di suggestioni. Con i decenni Law and Literature si rafforza e diviene uno degli aspetti importanti del pensiero giuridico (Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea. I temi e le sfide*, 2002).

Donato Carusi, ordinario di Diritto privato all'Università di Genova, allievo di Pietro Rescigno, è riuscito in un intento straordinario: in ventidue capitoli, esaminando quasi un centinaio di opere letterarie del canone occidentale, con la sua finezza di ricercatore e di colto lettore, offre molto di più di quanto si trova nei manuali (tutti stranieri) sintetici (come quello di Goodrich, *Law and Literature*, 2021) o episodici (Dolin, *A Critical Introduction to Law and Literature*, Cambridge, 2007).

Qui troviamo la combinazione di storia comparata delle letterature e di storia del diritto, il mondo delle idee che si incarna nella problematica giuridica come raccolta e rappresentata dagli scrittori, nella fase torica che attraversano e nel-

l'ambiente, anche giuridico, in cui vivono e da cui traggono alimento per la loro creazione artistica.

Carusi ci fa capire come si sia sviluppato nel corso dei secoli, a partire dalla metà del Seicento ad oggi, il pensiero giuridico, dapprima realistico, poi antropomorfo, con le passioni e le emozioni che non si possono sceverare dal profilo umano, con i suoi eroismi e le sue cadute, le sue aspirazioni, i suoi successi, le sue delusioni. Vi si parla di giuristi scrittori si pensi ai fratelli Grimm, studiosi della Pantettistica tedesca e immaginifici inventori di favole per bambini e per adulti, o ad Alessandro Manzoni e al suo Azzecagarbugli ma anche e soprattutto ai letterati che avvolgono nel diritto il loro messaggio, come Fielding, Cervantes o Defoe. Ci conduce per mano attraverso gli antefatti letterari della rivoluzione francese, e poi verso la codificazione napoleonica, con i passi di Portalis e Stendhal per descrivere la nascita della società borghese e le radici del capitalismo industriale, con Balzac, Dickens, Zola, l'abisso del male degli imperi dispotici, con i lavori forzati di Dostoevskij, ma anche l'emancipazione femminile dai timidi tentativi di affermazione della libertà della donna di Jane Austen, alle tragedie di Bovary e Karenina, e l'epopea del grande romanzo. E poi arriva l'affair Dreyfus, il Novecento con gli esperimenti di Virginia Woolf, la pedagogia della reciprocità (Lindgren e Michaelis), il processo a Pinocchio, la legittimazione del quarto stato, il razzismo e le politiche eugenetiche.

Siamo solo a metà del libro, e il racconto non finisce di stupire.

La società diviene complessa, la lotta di classe la sconvolge, la sinistra è divisa, arriva la guerra mondiale: la letteratura rappresenta l'orrore della storia umana in tutta la sua crudezza. Ma anche le speranze del futuro e la costruzione del Superuomo. Il diritto insegue le nuove forme dell'esperienza, declina i modelli di organizzazione della società, alterna la memoria con l'innovazione. La finis Austriae, la Repubblica di Weimar, il crollo economico offrono una letteratura variegata, intensa, a tratti disperata. Il colonialismo e i regimi fascisti richiedono nuovi codici, nuovi paradigmi, che incorporano nuove discriminazioni. Il riscatto avviene con la costruzione dell'Europa dei valori. E si fanno nuovi esperimenti: dal neorealismo al Gruppo 47 in Germania, ai romanzi di Boell e di Grass, all'arte per l'arte e all'arte come assurdo di Beckett e Ionesco. Altri capitoli trattano di libertà e costrizione, del ruolo sociale della letteratura e della protesta politica, da Silone a Sarte, da Camus a Vargas Llosa. Vi sono anche delle incursioni inusuali: l'accostamento dell'analisi letteraria delle parole e dei concetti, che nascondono le loro trappole come spiega Carroll in *Alice nel Paese delle meraviglie*; oppure le regole dell'interpretazione del codice civile accostate alle tesi di Karl Kraus. Insomma, la letteratura come specchio della vita e quindi del diritto, il diritto come testo letterario, come agire comunicativo, come pervasiva dimensione del consorzio umano.

Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura.

DONATO CARUSI

Ed. Olschki, Firenze, 2022, pp. 458, € 38

Recensione di Andrea Fusaro*

Sommario: 1. *Un altro libro di Donato Carusi.* 2. *Un'opera della maturità.* 3. *Diritto e letteratura.* 4. *L'esempio di Pietro Rescigno.* 5. *L'eredità del Maestro.*

1. Un altro libro di Donato Carusi.

Senza esitare ho aderito all'invito di Donato a partecipare alla presentazione di questo suo ennesimo libro, tanto godibile e lieve. Un'opera della maturità, che segue a tante sue tradizionali, incentrate sull'analisi del diritto positivo, l'ultima in tema di quasi contratti, pubblicata nel Trattato di diritto civile edito dalla ESI (1). Occorre ricordare anche (2), ove già si manifesta l'interesse per la letteratura, visti gli ampi riferimenti al romanziere Lobo Antunes (cui il libro è addirittura dedicato (3)) e all'altro portoghese Saramago. Il primo capitolo del libro, sulla storia del diritto naturale, ha un andamento spiccatamente narrativo.

Meritano omaggio anche i due volumi sul testamento biologico, quello sui progetti (4) e quello (molto critico) sul testo legislativo (5): attraverso il tema del rifiuto di cure, si parla più in generale della forma-legge, del suo degrado, del maggior impegno che si dovrebbe approfondire nella sua ideazione e scrittura, e un po' polemicamente si addebita anche alla dottrina la responsabilità di tutto ciò: argomenti ripresi anche in *Sua maestà* (6), specialmente nel capitolo XXI.

2. Un'opera della maturità.

Si dice che con gli anni il giurista positivo tende a diventare teorico generale.

Forse ciò è collegato al manifestarsi della forza del carattere messa a fuoco da James Hillmann (7): dopo aver superato tante prove, ci si emancipa dai condizionamenti subiti e assecondati per circostanze contingenti. Si aspira a vederci e a parlare chiaro, nel nostro caso ricongiungendosi con le istanze che ci hanno indirizzato verso la scelta della Facoltà di legge e poi ci hanno indotto ad approfondire, sostenendoci nei momenti di difficoltà.

Propensione verso la teoria generale quale attrazione verso la decifrazione dei meccanismi che si collocano dietro le edificazioni. La ragione scientifica mette a nudo, ricostruisce le impalcature, consente allo studioso di tenere in mano matrici e snodi dei ragionamenti giuridici, elevandosi dalle contingenze. La teoria generale aspira a spiegare la logica intrinseca del diritto.

3. Diritto e letteratura.

Anche l'abbinamento del diritto alla letteratura (8) promette una sintesi, ma collegata a ciò che sta fuori piuttosto che a ciò che sta dentro; l'uomo incarnato nell'esperienza, anziché il distillato della ragione, fondandosi sull'empatia più che sulla logica, una sorta di conoscenza per connaturalità (9). Si potrebbe anche citare la famosa frase di Terenzio, tratta dalla commedia *Heautontimorumenos* (il Punitore di se

stesso) (10), che ispirerà anche il famoso Totò Merumeni di Gozzano: *Homo sum: humani nihil a me alienum puto* (11). Non a caso (12), una frase spesso citata dai giureconsulti per giustificare il diritto naturale sulla base di una comune umanità. Proprio in questa comune umanità potrebbe ravvisarsi il fondamento di quell'affezione che ci consente di capire gli altri ed essere con loro empatici. I due approcci non sono in conflitto tra loro, nondimeno l'esperienza ce li consegna alternativi.

Prestigiosi allievi di Natalino Irti hanno coltivato la propensione per la teoria generale (13). Il seme di quella di Donato Carusi verso Diritto e letteratura è, a mio avviso, ugualmente rintracciabile nel Maestro.

4. L'esempio di Pietro Rescigno.

All'inclinazione di Donato Carusi per Diritto e letteratura non sembra, invero, estraneo l'esempio del Maestro Pietro Rescigno, precursore della sinestesia giuridico letteraria, che emerge dai saggi raccolti nei tre volumi "Persona e comunità" (14), dove pezzi teatrali e pagine di letteratura raffinatissima suggeriscono la congiunzione tra la dimensione giuridica e quella esistenziale, tra il diritto e l'uomo.

Le affinità con Pietro Rescigno balzano agli occhi.

Intanto la mirabile cura stilistica, privilegiando l'impronta letteraria, ma evitando la mimesi, nonostante tale tendenza sia emersa anche presso Civilisti che ben meno hanno avuto a che fare con Pietro Rescigno. Donato Carusi si è sottratto alla contaminazione del desiderio mimetico dilagante di scrivere alla maniera di Rescigno e ha invece coltivato l'affinità elettiva, la propensione a lasciar modulare la forma dal contenuto, assecondando un'intima sintonia.

Giuristia teorica, sia pratico si fa e lo si è.

Ancora si segnala la condivisione del tono confidenziale verso il lettore, che viene messo a parte non solo di riflessioni, ma pure di gusti e propensioni, persino di sofferenze fisiche o psichiche, alla maniera dei narratori. Nella prefazione di un'edizione del suo manuale (15), Pietro Rescigno segnalava di aver attraversato un periodo difficile e di esserne uscito anche grazie alla meditazione delle Lettere di Rilke a un giovane poeta (16). Un tipo di esternazione maggiormente consueta presso i romanzieri, basti pensare al piuttosto recente libro *Yoga di Carrere* (17).

5. L'eredità del Maestro.

Un motto di spirito risalente nell'Accademia ammonisce che l'allievo non può superare il maestro per la regola che presiede agli acquisti a titolo derivativo secondo la formula di Ulpiano: "*Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*" (18). Qui ha operato un dante causa capiente e la dotazione trasferita all'allievo è cospicua, come testimonia anche quest'opera raffinata ed intimistica la quale, ciononostante, conferma quell'accuratezza stilistica e quella meticolosità nell'elaborazione delle fonti propria degli studi di diritto positivo dell'Autore.

Note.

(1) *Le obbligazioni nascenti dalla legge.*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

(2) *L'ordine naturale delle cose*, Giappichelli, 2011.

(3) *Che farò quando tutto brucia? Una lettura politico-giuridica di Antonio Lobo Antunes*, Pacini Giuridica, 2019.

(4) Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico». Contributo a un dibattito da rianimare, Giappichelli, 2016.

(5) *La legge «sul testamento».* Una pagina di storia italiana., Giappichelli, 2020.

*Testo della comunicazione preparata per la presentazione del libro "Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura", organizzato per il 25 novembre 2022 a Genova presso l'aula meridiana del palazzo dell'Università, dal Dipartimento di Giurisprudenza e dal coordinamento del Dottorato di ricerca in diritto.

(6) *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Olschki, 2022

(7) James Hillman, *La forza del carattere. La vita che dura*, Adriana Bottini (Traduttore), Adelphi, 2014.

(8) Come noto, questi interessi sono coltivati da un movimento con radici nordamericane illustrato da Felice Casucci, curatore della collana edita dalla ESI “*Diritto e Letteratura*”, dove figurano *Diritto di parola*, e *Il silenzio del diritto*. Merita di essere ricordata altresì B. Pozzo, *Law & Literature e Diritto comparato: a proposito dell'opera di James Boyd White*, (2010) Volume 1 Fascicolo 1, Articolo 3.

(9) Si rinvia a D'Avenia Marco, *La conoscenza per connaturalità in S. Tommaso d'Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1992, nonché a Inos Biffi “Teologia, storia e contemplazione in Tommaso d'Aquino” Ed. Jaca Book 1995, il cui secondo capitolo è dedicato a “La conoscenza “per quendam connaturalitatem”, il quale a pag. 95, osserva che “1. Una prima forma di questa conoscenza accade nell'ambito del giudizio pratico in forza di una connaturalità morale: Rectitudo [...] iudicii potest contingere dupliciter: uno modo secundum perfectum usum rationis; alio modo propter connaturalitatem. Nota 46 (Summa Theologica, II -II, 45, 2, c. San Tommaso occorre osservare parla di “iudicium”, di atto dell'intelletto, o di conoscenza nella sua forma compiuta; come è noto pag. 96 “ad cognitionem [...] duo concurrere oportet, scilicet apprehensionem ed iudicium de re apprehensa” Nota 49 Nota 49, De Ver. 10, 8 c. Importante anche questa avvertenza: p. 89 “Il giudizio “per modum inclinationis” è diversamente denominato: “per quendam connaturalitatem” (S. Th. III, 65, 1 c), la quale richiama la “compassio” (S. Th., I-II, 45, 2 c) la “similitudo”, l'aequalitas” e l'Imago”, 10 Super. Sent. d. 28, q. 2, a 3 ad 4), l'“amor” e la “cooptatio”. Quindi, sembra potersi dire che: 1) i passi nei quali S. Tommaso parla della connaturalità sono numerosi; 2) San Tommaso si riferisce anche al giudizio pratico; 3) la conoscenza per connaturalità ha a che fare con la “compassio” la “similitudo” (analogia) e con l'“imago” (cioè la fantasia). Un'altra perla è che nella conversazione con l'amico si impara meglio e più piacevolmente che non parlando a se stessi: Quia magis potest homo cognoscere quae sunt alterius quam quae propria. ideo magis delectatur in conversando ad amicum quam etiam ad seipsum” III, Sent., dist. 29, q. 1 ad 6.

(10) Trenzio, *Heauton timorumenos*, 77.

(11) Guido Gozzano, Totò Merùmeni, I colloqui (1911), Fratelli Treves Editori, Milano, 1917.

(12) Come avverte Henri Martin, Notaio, storico e politico francese dell'800, citato in ‘Obs Nouvel Observateur Homo sum, et humani nihil a me alienum puto Proverbs latins, citations et locutions latin ABC - Letteres par l'Obs. <https://m.nouvelobs.com/abc-lettres>.

(13) Per tutti M. Orlandi, nell'ambito della cui vasta e raffinata bibliografia segnalò *Introduzione alla logica giuridica: Uno studio di diritto privato*, Il Mulino, 2021.

(14) P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Cedam, vol.1, 1987; vol.2,1988; vol. 3, 1999.

(15) P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene.

(16) E. Carrere, *Yoga*, Adelphi, 2021.

(17) R. M. Rilke, *Lettere a un giovane poeta Lettere a una giovane signora Su Dio*, Trad. Leone Traverso, Adelphi, 1980.

(18) Brano di *Ad edictum*, inserito dai compilatori giustinianeî nell'ultimo libro del Digesto, dedicato alle regulae iuris (D. 50.17.54): Ulpianus libro XLVI ad edictum.

Solidarietà. Un principio normativo.

GUIDO ALPA

Il Mulino, 2022, pp. 304, € 26

Recensione di Michele Marchesiello

Sommario: 1. *Da dove viene la solidarietà: un racconto.* - 2. *Solidarietà e fraternità. San Martino e il Buon Samaritano.* - 3. *La parabola della solidarietà. Verso un principio normativo.* - 4. *La solidarietà costituzionale e i rapporti contrattuali.* - 5. *La ‘formante Alpa’: suoi possibili sviluppi.*

1. Da dove viene la solidarietà: un racconto.

Narra la leggenda che quella di iscriversi a Giurisprudenza sia stata, per il giovane Guido Alpa, solo una seconda scelta rispetto all'originaria, che l'aveva indotto a preferire la facoltà di Biologia. Solo la difficoltà di accedere ai rari strumenti di quella scienza (a partire dai microscopi) avrebbe indotto un troppo timido Guido Alpa a preferire gli studi di diritto, dove i libri e la parola dei docenti (insegnava allora a Genova Stefano Rodotà) erano di più facile accesso.

Sta di fatto, però, che Alpa non ha tradito l'originaria vocazione e da grande giurista ha sempre cercato gli elementi vitali, gli aspetti che diremmo ‘biologici’ e non solo rigorosamente formali del diritto. È in questo senso che Guido Alpa, ‘*bio-giurista*’ si potrebbe dire, ha ora voluto ripensare il principio di solidarietà

“... come ragione del vivere, vivere pienamente e non solo sopravvivere, in un agglomerato sociale che chiamiamo comunità” (1). Anche quest'opera, ‘*Solidarietà. Un principio normativo*’, (2) forse una delle sue più intriganti, segna l'attenzione e la cura del giurista per il diritto che si dice ‘vivente’: brulicante di elementi vitali in perenne trasformazione, irto di contraddizioni e fecondi paradossi.

E ancora una volta incamminatosi su un percorso apparentemente nuovo e inesplorato - un giurista deve constatare che Guido Alpa lo ha preceduto, disboscando, aprendo nuove vie, ‘rinominando’ piazze e strade. Ancora una volta, chiunque giunga dopo di lui fatica non poco a trovare qualcosa di nuovo da dire: si tratti dei diritti del consumatore, dell'evoluzione del diritto naturale, del rapporto diritto-letteratura, del tema *law & economics* o dell'affermarsi della *lex mercatoria*. Uomo complesso e complicato, davvero moderno, Alpa non si è tirato indietro nel misurarsi con i valori fondamentali e fondanti di ogni ordinamento sociale, prima ancora che giuridico: la dignità della persona, l'eguaglianza la libertà, la fraternità e infine, *last and least* la solidarietà. Tutti questi valori aspirano ai vertici del club esclusivo dei diritti ‘umani’: curioso Olimpo di paradossali divinità, escogitate pare per meglio denunciarne le continue violazioni.

La dignità, Giove corrucciato, guarda dall'alto, intoccabile e sovrana. Eguaglianza e Libertà continuano battibeccare tra di loro per la supremazia. Fraternità si è smarrita nelle braccia della religione. Rimane molto citata ma assai poco praticata la Solidarietà: una specie di divinità minore, Cenerentola tra quelli che Alpa chiama ‘*valori-principio*’, eppure la sola a porre un interrogativo, cui Alpa cerca di rispondere col suo libro.

Perché la solidarietà? *In nome di chi e di che cosa* dobbiamo essere solidali? Chi la può a buon diritto invocare e praticare? Le altre divinità ‘superiori’ non devono giustificarsi, dichiarare in nome di chi o di che cosa. Solo la solidarietà deve mostrare i suoi documenti: democratica, liberale, marxista, ispirata a

una setta, una ideologia, un regime? Anche tra mafiosi esiste una specifica solidarietà, e delle più invincibili.

“Il suo significato è stato il più mutevole e certo il più abusato: su questa espressione(...) si sono edificate di volta in volta le tavole delle libertà individuali e il corporativismo fascista, le Costituzioni liberali e lo spirito del popolo nazista, il messaggio cristiano (...) e l'umanesimo socialista. Data la sua duttilità, qualche studioso è giunto alla conclusione della sua inutilità o della sua pericolosità.” (3)

Cosa caratterizza dunque la solidarietà, per giustificarne l'ammissione al mondo del diritto, dopo che addirittura - la stessa Francia ha potuto configurare un *délit de solidarité*: da crimine a principio-valore fondamentale o viceversa? (4)

Paradossalmente, questa la risposta di Alpa, è proprio il provenire da quel mondo, l'esservi 'nata dentro' per poi migrare verso altri orizzonti, a giustificarne la pretesa di farvi oggi ritorno al termine di una parabola che non può che averne arricchito e precisato il significato normativo.

La vicenda della solidarietà può essere vista allora come il racconto di uno dei rari contributi dati dal diritto al linguaggio comune:

“Non accade di frequente che un termine provvisto di un significato tecnico specifico e circoscritto nel mondo del diritto conquisti uno spazio assai più ampio e si estenda nel tempo, arricchendo i suoi significati e superando gli angusti confini della sua origine”. (5)

Non è un caso che, alla voce 'solidarietà', il 'Grande Dizionario della lingua italiana' del Battaglia, così esordisca:

“SOLIDARIETÀ. Vincolo proprio dell'obbligazione solidale, che può sussistere (e che qualifica l'obbligazione come solidale) fra ciascuno di più debitori o ciascuno di più creditori di un medesimo rapporto obbligatorio...”

E così di seguito, con l'esatta descrizione del peculiare rapporto giuridico di cui all'articolo 1292 del Codice Civile dal titolo 'Nozione della solidarietà'.

Segue una serie di significati estensivi che testimoniano della fecondità e della particolare capacità espansiva del termine: concordia e armonia, solidarietà nazionale, sostegno o collaborazione a favore di una azione promossa da altri, condivisione di intenti, finalità e anche affetti tra componenti di uno stesso gruppo, reciproca connessione tra gli elementi di un sistema economico integrato, connessione rigida tra due o più elementi materiali facenti parte di un dispositivo o di una struttura.

2. Solidarietà e fraternità .San Martino e il Buon Samaritano.

Il lungo viaggio, vera e propria parabola della solidarietà, sembra tradursi, allora, nel tornare alle origini e nell'arricchimento dell'originario ma limitato significato 'obbligatorio', di cui al Codice Civile.

Di questo arricchimento occorre far tesoro nell'affrontare uno dei temi che più o meno esplicitato - percorre colorando di sé il libro di Alpa: quello del rapporto tra solidarietà e fraternità. Rapporto equivoco, irrisolto, spesso affidato a retoriche declamazioni, dichiarazioni di intenti, enunciazioni tanto solenni quanto generiche.

Già a partire dalla Rivoluzione Francese, e in seguito nel pensiero socialista e repubblicano, fraternità e solidarietà sono stati considerati termini sostanzialmente omologhi e sostituibili, mentre la triade rivoluzionaria '*liberté, égalité, fraternité*' si andava riducendo al del resto eternamente conflittuale binomio 'libertà ed eguaglianza'.

“Certamente si deve alla Francia il primato della concezione giuridica di solidarietà/fraternità”, osserva Alpa: ma non deve trascurarsi che proprio a quella temperie può farsi

risalire la mancata distinzione, o addirittura la confusione tra i due termini. Il retaggio di questa mancata distinzione si rinviene ancora nel 'Preambolo' alla Costituzione francese del 1946, in cui la solidarietà è indicata espressamente come un valore che si affianca alla fraternità. (6)

È poi significativo che alla naturale ambiguità dell'accostamento solidarietà-fraternità, altri vi corrispondano, come quello di tradizione germanica tra *Gemeinschaft* (Comunità) e *Gesellschaft* (Società), rispondente la prima al sentimento di fratellanza e la seconda piuttosto al sistema solidale, e, sul piano strettamente giuridico, l'accostamento tra valori e principi generali enunciato nel 'Preambolo' della Carta Europea sui diritti fondamentali.

Vero è che, per tracciare in maniera sufficientemente netta il percorso della solidarietà nel suo avviarsi a divenire 'principio normativo', occorrerebbe prima di tutto cercare di differenziarla, o districarla dal tradizionale abbraccio con la fraternità. Della quale ultima, semplificando al massimo e forse troppo, si può dire che è soprattutto un sentimento morale, mentre quello della solidarietà aspira a essere un vero e proprio 'sistema sociale' intrinseco a qualunque forma organizzata di collettività umana.

A chiarire la questione posto che non è questa la sede per approfondirla come meriterebbe - può servire il confronto tra una *leggenda* e una *parabola*.

La *leggenda* è quella di San Martino che divide il proprio mantello col mendicante ignudo incontrato per strada (opportunamente raffigurato sulla copertina del libro di Guido Alpa, intitolato alla solidarietà). La *parabola* è invece quella del buon Samaritano, che cura, raccoglie e conduce in luogo sicuro l'uomo percosso, spogliato e lasciato mezzo morto sulla strada.

Proprio l'analisi della parabola evangelica occupa il secondo capitolo dell'enciclica papale '*Fratelli tutti*' del 3 ottobre 2020. Il gesto di San Martino esprime magnificamente l'idea di solidarietà: il mantello viene diviso in parti eguali (principio di proporzionalità), nel pieno rispetto della condizione reciproca (un ricco cavaliere e un povero mendicante), nell'adempiimento di un dovere etico legato al ceto del non ancora Santo. Al contrario, il gesto del samaritano preso da Papa Francesco ad esempio di fratellanza - esprime la qualità specifica della fraternità. Il samaritano nella parabola, che dovrebbe rispondere alla domanda posta da Gesù: 'Che cosa sta scritto nella legge, per chi vuol guadagnare la vita eterna?' è preceduto da un sacerdote e da un levita i quali entrambi passano oltre guardandosi bene dal soccorrere l'uomo assalito dai briganti e lasciato moribondo sulla strada. Soltanto lui, il samaritano, quello che oggi si definirebbe a sua volta un *under dog*, un miscredente, odiato e disprezzato dai Giudei, non solo soccorre il poveretto prestandogli i primi soccorsi, ma lo carica sulla sua giumenta, lo porta alla prima locanda facendolo ricoverare e curandolo sino al giorno dopo, raccomandandolo all'albergatore, che paga, preannunciando una sua visita successiva. Lui, il samaritano, non si limita dunque a fare ciò che sarebbe suo dovere morale fare, ma diviene autentico 'fratello' dello sventurato, al di fuori di qualunque rapporto implicante una contropartita, anche solo in termini di riconoscenza. Il dono, il dono di sé, costituisce il nucleo specifico della fraternità.

Ma c'è qualcosa di più, rispetto alla solidarietà. Il sacerdote e il levita non sono affatto 'malvagi': essi si limitano come qualcuno ha immaginato a rispettare il riposo del Sabato, la cui osservanza equivaleva all'osservanza dell'intera legge: si trattava del comandamento più importante che proveniva da Dio, la cui inosservanza comportava l'impurità. Il samaritano, dunque, *viola*

la legge, e lo fa in nome della fraternità, proprio come Antigone viola la legge della città per seppellire il fratello.

La fraternità, dunque, va oltre, *oltrepassa* la legge, più che non la violi in senso tecnico: questo pare essere il suo carattere distintivo rispetto alla solidarietà, che della legge è sempre espressione puntuale, nel suo articolarsi in un rapporto di reciproca obbligatorietà, che comporta diritti ma anche doveri tra chi ne è parte.

La fraternità è *un dono*, ma soprattutto *un dono di sé*, come è facile desumere dall'espressione *'ama il prossimo tuo come te stesso'*.

Papa Francesco nella sua enciclica osserva che l'espressione, presso i Giudei, doveva intendersi come riferita solo ai membri di una stessa nazione e non agli 'stranieri'. Questa limitazione, questo confine, vennero poco a poco superati, e nel Nuovo Testamento quell'appello diventa universale:

"Tutto quanto volete che gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro: questa infatti è la legge secondo i Profeti" (MT, 7, 12).

Rispetto alla fraternità, dunque, la solidarietà è una virtù minore, più praticabile e più 'politica'. La fraternità è, al contrario, sommamente 'impolitica', gratuita, persino rischiosa: il buon Samaritano si mette per intero al servizio del fratello, anche a costo di violare la legge, mentre San Martino, molto giustamente, tiene per sé l'altra parte del mantello e prosegue solitario nel suo cammino.

Per abbandonare la dimensione religiosa, cadono a proposito le parole di John Lennon e della sua *'Imagine'*:

Imagine no possessions

I wonder if you can

No need for greed or hunger

A brotherhood of man...

3. La parabola della solidarietà. Verso un principio normativo.

Se la parabola della fraternità universale appartiene all'utopia (*'You may say I'm a dreamer But I'm not the only one'*) la parabola della solidarietà sembra poter tornare ad appartenere al mondo del diritto ed esservi introdotta finalmente come elemento normativo: questi l'obiettivo e insieme la speranza di Guido Alpa, nel libro che si commenta.

'Parabola', dunque, un termine dal doppio significato: utopico l'uno, realistico e quasi 'fisico' l'altro. Il termine viene utilizzato sia per indicare l'evoluzione dell'idea normativa di *solidarietà* (vista da Alpa come la narrazione di un più o meno implicito 'ritorno alle origini'), che con riferimento alla natura preo addirittura anti-giuridica della predicazione evangelica sulla *fraternità*.

La *parabola* descrive una traiettoria che partendo da una certa altezza finisce per tornare approssimativamente alla stessa altezza. Ma, allo stesso tempo, indica un racconto allegorico particolarmente quello di Cristo rivolto ai discepoli. Giustamente il ragionamento giuridico rifugge dalle narrazioni esemplari o allegoriche, sentendosi più a suo agio con l'individuazione di leggi simili, per quanto possibile, a quelle fisico-naturali.

Ed è proprio questo il compito cui si rivolge Guido Alpa a partire dal capitolo quinto di *'Solidarietà'*, intitolato a *'La solidarietà come principio normativo'*.

Compito formidabile che implica prima di tutto il passaggio dal linguaggio metagiuridico a quello costituzionale. È quella che potremmo ora definire *'la parabola giuridica della solidarietà'*. Da meccanismo tecnico per assicurare l'adempimento dell'obbligazione assunta da una pluralità di soggetti (solidarietà 'passiva') e quella (attiva) che una pluralità di soggetti

si assicura nei confronti del debitore, la solidarietà diventa *'principio-valore'* costituzionale elaborato sul piano politico, prima ancora che giuridico, per tornare a incidere in maniera non solo ornamentale ma giuridicamente rilevante sulla natura dei rapporti tra privati, tra Stato e privati, addirittura tra singoli Stati.

Quello della solidarietà è di fatto uno strumento tecnico, quindi essenzialmente neutro, per conseguire risultati socialmente utili (al limite anche illegali, anti-giuridici o totalitari), assicurando la stabilità e reciprocità delle relazioni in una data comunità. Io sono tenuto a 'rispondere' per tutti, e ciascuno di quei tutti può essere chiamato a rispondere per me. Questo meccanismo si ripete differenzia la solidarietà dalla fraternità, che non è in questo senso una virtù propriamente 'sociale' ma richiamo totale, incondizionato, di ciascun individuo alla comune umanità. *Individuo*, non divisibile né appropriabile, mentre appare quanto meno dubbio che il sentimento della fraternità possa caratterizzare uno Stato o una qualsiasi altra istituzione.

Fratelli, non si può essere 'soci', né 'compagni', 'camerati' o membri della 'famiglia', se non separando nettamente le due figure. Si è solidali tra concittadini, ma tra esseri umani in nome di che cosa o di chi? In questo senso ogni solidarietà erige una barriera, presuppone una inclusione che implica a sua volta una corrispondente esclusione.

'Solidali', in senso anche giuridico, si è dunque e prima di tutto 'responsabili' nei confronti di una data collettività e dell'ordinamento che questa si è dato, in senso costitutivo/ costituzionale.

Opportunamente, nell'aprire il suo discorso, Guido Alpa ci ricorda

"...le sei parole di base che scandiscono i capi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nell'ordine dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia -", affrettandosi ad aggiungere che la solidarietà

"...è la meno citata nella letteratura giuridica e, nello stesso tempo, la meno codificata e certamente la meno studiata" (7).

A questa lacuna o insufficienza il giurista Alpa ha scelto di dedicare la propria sapienza e la propria curiosità, non disdegnando di manifestare, al riguardo, una speranza ironica e velata di pessimismo.

Vale la pena dunque di partire da questo termine impegnativo: responsabilità.

Non c'è responsabilità che non implichi un rapporto di diritti e corrispondenti doveri. Si è 'responsabili' in quanto titolari di diritti-poteri-facoltà a noi attribuiti dalla collettività cui apparteniamo, nell'interesse di quella stessa collettività. Dell'utilizzazione-gestione di questo fascio di diritti-poteri-facoltà ciascuno di noi deve 'rispondere' alla collettività di riferimento, sotto forma dell'adempimento di doveri che li rispecchiano fedelmente.

Alpa insiste giustamente su questo punto: i doveri connessi alla solidarietà.

Intesa in senso normativo, solidarietà è prima di tutto responsabilità nell'adempimento di doveri stabiliti dal diritto. Molto opportunamente e non per banale sentimento patriottico - Alpa valorizza il pensiero di Giuseppe Mazzini a proposito dell'idea di solidarietà. È proprio con Mazzini che la categoria del *dovere* è *'forse per la prima volta al centro del pensiero politico e del diritto costituzionale'*. (8)

'Perché vi parlo io dei vostri doveri prima di parlarvi dei vostri diritti? Perché (...) vi parlo io di sacrificio, e non di conquista, di virtù, di miglioramento morale, di educazione e non di benessere materiale?' (9)

Forse è proprio per questo insistere sui doveri connessi alla solidarietà che la severa figura di Mazzini è la meno popolare tra quelle dei ‘padri della patria’ e nell’immaginario Mount Rushmore italiano il suo profilo non comparirebbe – temiamo a fianco della popolare triade Garibaldi-Cavour -Vittorio Emanuele.

Mazzini dice Alpa non è un rivoluzionario romantico; fonda il primo partito politico italiano; detta il ‘canone risorgimentale’ italiano basandolo sui valori di fratellanza, concordia e solidarietà. E se sulla fratellanza mazziniana grava l’ombra dell’ideale massonico, lo stesso non si può dire della solidarietà e della concordia, che della prima esprime l’indispensabile elemento affettivo. Come la concordia, infatti, anche la solidarietà porta con sé il sentimento della pietà, della colleganza, della carità, della cooperazione non solo tra lavoratori e datori di lavoro, ma anche tra Stati. Ma proprio la concordia, più che la solidarietà, può dirsi fondamento della pace. Se quest’ultima si traduce in un meccanismo di alleanza e cooperazione, la prima riflette una componente prima di tutto emozionale e partecipativa (un ‘comune sentire’) che ne fa forse il vero *trait d’union* con la fraternità.

Luogo e documento naturale per l’enunciazione normativa del principio-valore della solidarietà è una Costituzione. Solo attraverso una Costituzione – documento insieme politico e giuridico i principi-valori assumono forza di legge: si tratti o meno di una Costituzione scritta.

E nella nostra Costituzione non a caso la solidarietà (‘politica, economica e sociale’) appare già nelle norme di apertura, in particolare all’articolo 2, non soltanto come concetto politico ma anche e soprattutto come principio giuridicamente vincolante (tanto da essere contenuto nel testo, vale a dire nel corpo vivo della Costituzione, e non nel suo ‘preambolo’ come nel caso francese): sintesi dell’insieme di diritti e doveri che fondano la comune appartenenza alla collettività.

Si deve riconoscere, tuttavia, che gli albori ‘totalitari’ di questo progetto si potevano già rintracciare alle origini di quella che abbiamo già definito la ‘parabola’ normativa della solidarietà: proprio in quel monumentale Codice Civile cui i giuristi riconoscono oggi concordemente il merito di avere svolto, pur nella dimensione ‘corporativa’ impressagli dal fascismo, una preziosa anche se latente e involontaria funzione ‘pre-costituzionale’.

È proprio nella ‘solidarietà corporativa’ sancita dalla Carta del Lavoro, infatti, che la solidarietà da semplice sentimento sociale diventa ‘comando normativo’, funzionale alla realizzazione dei fini autoritari e antidemocratici perseguiti dal fascismo.

E, per tornare alle origini di questa trasformazione/evoluzione, è significativo il titolo dell’articolo 1292 del Codice Civile, ‘nozione della solidarietà’, che per quanto relativo alla figura strettamente tecnica dell’obbligazione solidale indica chiaramente quale nuovo e più ampio rilievo normativo si volesse attribuire alla solidarietà *tout court*.

Non è del resto casuale che il legislatore del 1942 abbia scelto proprio il campo delle obbligazioni, per dare la nuova nozione di solidarietà come obbligo sociale.

4. La solidarietà costituzionale e i rapporti contrattuali.

La solidarietà costituzionale e repubblicana affonda le sue radici nel Codice Civile e in quel Libro Quarto delle obbligazioni in cui oggi si rinvergono i più significativi effetti della nuova dimensione normativa. (10)

La parabola è oggi compiuta, e se ne osservano gli effetti soprattutto – nell’incidenza della solidarietà sui rapporti contrattuali e sul progressivo scolorirsi, in questo ambito, della

partizione pubblico/privato, sempre più sostituita dall’affidamento normativo alla solidarietà.

Una delle cui caratteristiche se non la principale è proprio quella di mettere in disparte quella fatale distinzione che merita l’aggettivo di ‘terribile’ assegnato da Rodotà al diritto di proprietà. Ed è proprio la funzione storica della solidarietà ‘normativizzata’ quella di rendere superata la grande partizione pubblico/privato, per cui

“...molti sono gli aspetti di incidenza del diritto pubblico nei rapporti tra privati come (del)l’incidenza dei moduli privatistici nella realizzazione dei programmi pubblici”. (11)

Osservazione più che giusta, alla quale però bisogna aggiungere come corollario che proprio il venire meno della componente solidaristica ha permesso e permette confusioni di interessi e fenomeni corruttivi che quasi mai o mai vanno a detrimento del privato.

Almeno due sono gli aspetti fondamentali, individuabili nell’approccio di Guido Alpa a questo tema.

Il primo riguarda il ruolo assunto dalla vera e propria ‘gemmazione’ derivata dalla solidarietà ‘normativizzata’, attraverso il precisarsi e assumere sempre maggior rilievo dei principi di buona fede, affidamento, *neminem laedere* e ‘abuso del diritto’, lungo l’intero svolgimento del rapporto contrattuale, colto ormai nella sua dimensione dinamica (fase pre-contrattuale, esecutiva e postcontrattuale).

Il secondo aspetto, direttamente collegato al primo, consiste in quella che Alpa chiama molto efficacemente la *formante giurisprudenziale*, contrapposta alla formante ‘dottrinale’, per l’attuazione di quella che si può chiamare ormai senza esitazione e al livello europeo, la ‘giustizia sociale del contratto’ o forse ‘nel’contratto, per sottolinearne la novità rispetto alle origini assolutamente privatistiche.

‘È questo il senso del manifesto che studiosi di diverse università europee, nel portare il loro contributo alla realizzazione di un codice civile europeo, hanno voluto propugnare invocando la giustizia sociale del contratto’. (12)

Col che, riferendosi al contributo dato dall’ambiente universitario europeo a questa davvero epocale trasformazione, Alpa sembra voler porre la parola fine anche alla tradizionale – a volte asfissiante – contrapposizione di dottrina e giurisprudenza. Le due ‘formanti’ tendono infatti ad avvicinarsi e collaborare, nel contemporaneo scolorirsi e perdere pregnanza di quella che si potrebbe chiamare la ‘formante legislativa’ destinata a tradursi in codici e altri analoghi strumenti destinati a dare una cornice definitiva alle due altre ‘formanti’.

Anche la componente legislativa, infatti, è andata perdendo progressivamente gli originari connotati di immutabilità e tendenziale durata, assumendo piuttosto lo spiccato carattere di provvisorio attestarsi su frontiere sempre più mobili ed esposte al mutamento sociale.

Buona fede, dunque, affidamento, principio del *neminem laedere* e ‘abuso del diritto’ costituiscono le più importanti tappe o conquiste del principio di solidarietà ormai costituzionalizzato, nell’addentrarsi, grazie soprattutto alla ‘formante giurisprudenziale’ nel campo, solo apparentemente ad esso estraneo, del diritto dei privati.

L’articolo 1175 del Codice Civile è il punto di partenza legislativo per questa evoluzione in senso solidaristico:

‘Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza’.

‘...in relazione ai principi della solidarietà corporativa’, è l’inciso soppresso dall’art.3 D.L.vo Lgt. 14 settembre 1944 n. 287, ‘provvedimenti relativi alla riforma della legislazione civile’: dove assieme all’acqua sporca del corporativismo fascista

sembrerebbe essere stato gettato anche l'innocente bambino della solidarietà. (13)

Nonostante l'intervento 'bonificatore', la solidarietà rimane ferma come principio cui deve attenersi il comportamento delle parti dal momento di avvio delle trattative sino all'estinzione del rapporto e alla fase di ultrattività ('*il c.d. post-contratto*'). Questo principio consolidato si intreccia in via giurisprudenziale con l'applicazione della clausola di buona fede secondo l'impulso dato da giuristi quali Stefano Rodotà, Ugo Natoli e Adolfo Di Majo, prontamente accolto dalla Corte di Cassazione.

"...la buona fede, da criterio interpretativo ex art.1366 c.c. a criterio valutativo del comportamento ex artt. 1337 e 1375 c.c., e da fonte di obblighi di cooperazione ex art.1175 c.c., diviene anche fonte di integrazione del contratto e criterio correttivo del suo equilibrio." (14)

Così, nel 'caso Fiuggi' (15) la Corte di Cassazione espressamente giustificava l'impegno della clausola di buona fede intesa come strumento di attuazione del principio costituzionale di solidarietà.

Ogni contraente in base a questa sinergia tra buona fede e solidarietà - è 'responsabile' della salvaguardia dell'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio.

L'aspetto che non è esagerato definire 'rivoluzionario' di questa prospettiva, consiste nel fatto che proprio lo strumento contrattuale, visto da sempre nei suoi connotati oppositivi e 'di conflitto' tra due parti, diventa momento di collegamento e occasione di comunanza solidale tra interessi originariamente e ineluttabilmente contrastanti. Paradossalmente, la solidarietà si affianca al conflitto, mitigandone gli effetti e rendendolo strumento di pacifica convivenza.

Questo fenomeno e il relativo dibattito come notano Mattei e Quarta (16) sono stati accelerati dall'emergenza sanitaria del Covid-19 e dalla crisi energetica. In particolare, le due emergenze hanno costretto a ripensare le applicazioni e gli effetti dell'articolo 2018 c.c. e le regole in tema di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità, per tener conto adeguatamente dell'impatto delle crisi economica e sanitaria sulla posizione del debitore.

La patologia non deve tuttavia sovrapporsi alla fisiologia del rapporto contrattuale, vista in termini di esigibilità.

L'obiettivo di questi orientamenti è la costituzione di un diritto dei contratti che sia più 'solidale' e rispondente a un'ideale effettivo oltre che costituzionale di democrazia.

In questa prospettiva, in particolare, Mattei e Quarta hanno voluto distinguere 'tre tipi di solidarietà': la solidarietà 'difensiva', che è essenzialmente opera del giudice e interviene 'a posteriori' a sanare squilibri divenuti intollerabili; la solidarietà 'sociale' che si dirige a quegli squilibri tutte le volte che essi mettano a rischio la comunità nel suo complesso e nei suoi valori fondamentali; e infine il terzo tipo di solidarietà, chiamata dagli autori 'proattiva', o generativa, perché interviene nella conformazione stessa, 'a priori', del contratto, iscritta nella sua stessa causa come la voce perentoria della comunità di riferimento.

Si coglie, in questa tendenza, il riflesso del per noi continentali alquanto misterioso concetto anglosassone di '*consideration*'. Si pensi ai contratti 'ecologici', ai gruppi di acquisto solidale o per il governo e il consumo del territorio: modelli contrattuali emergenti, tutti ispirati alla (relativamente) nuova esigenza solidaristica che deve condizionare i tradizionali rapporti privatistici.

In questo senso, al di là delle emergenze che sempre più frequentemente si affacceranno a mettere a rischio le fondamenta

di una comunità ormai 'globalizzata', le due 'formanti', dottrinale e giurisprudenziale, dovranno contribuire alla trasformazione dei codici di diritto privato in '*codici di diritto privato sociale*': definizione tanto 'moderna' quanto risalente, come ci ricorda Alpa, al 1891 e alla prolusione al corso di diritto civile letta all'Università di Napoli 'con esemplare semplicità e chiarezza' da Emanuele Gianturco. (17)

Questa dell'incidere della solidarietà sulla figura classica del contratto di diritto privato è solo una delle tante luci accese da Guido Alpa, instancabile scendagliatore di quanto di vitale e insieme durevole si produce senza sosta nel mondo del diritto. È come dicevamo in esordio l'aspetto felicemente 'biologico' dell'esplorazione condotta da Alpa. È la vita del diritto a catturare la sua attenzione, la sua intelligenza e diciamo pure la sua commozione.

'Solidarietà', come tutte le opere che si assumono complete, soffre il limite felicemente contraddittorio della sua incompletezza. La forma, direbbe Umberto Eco (18), si deve confrontare o misurare con l'elenco, o la 'lista'. La 'forma', come lo scudo di Achille, è racchiusa in una cornice: una 'messa in forma', ammonisce Eco, 'non ci incoraggia a vedervi cose altre rispetto a quelle che essa rappresenta'. La 'lista', l'elenco o il catalogo, al contrario, alludono alle infinite realtà che ci sforziamo di attingere, pur consapevoli della nostra limitatezza.

Il dare forma è sempre il riconoscimento implicito dell'illimitatezza dalla quale siamo circondati. Così ogni opera, nel suo aspirare alla completezza.

5. La 'formante Alpa': suoi possibili sviluppi.

E anche nel caso del prezioso libro di cui abbiamo parlato chiamiamolo la '*formante Alpa*' possiamo a questo punto, timidamente, limitarci a dare un'occhiata al di là della cornice. Potremo così intuire più che vedere un corteo di questioni che attendono di venire via via illuminate e catalogate.

Guido Alpa è studioso emerito del diritto civile. Ma ci chiediamo che ne può essere della solidarietà sul versante penalistico? È possibile un atteggiamento solidale in quell'ambito, che non si rivolga esclusivamente alle vittime del reato? C'è un possibile collegamento con la politica sudafricana dell'arcivescovo Desmond Tutu, che associa *truth and reconciliation*? La stessa funzione della pena, non può tingersi dei riflessi della solidarietà?

E ancora che ne è o può essere della solidarietà declinata al femminile o in termini di *gender*?

Oppure, sul piano internazionale, quale solidarietà è prevista e imposta dagli articoli 4 e 5 del trattato NATO?

E a quale tipo di solidarietà si sono (e di fatto si considerano) vincolati gli Stati membri dell'Unione Europea?

Come può incidere l'idea di solidarietà sul discusso 'reddito di cittadinanza'?

E sul fenomeno migratorio?

Come si vede, ai limiti della '*formante Alpa*' si arricchisce il catalogo delle questioni che si affidano alla solidarietà per essere, se non risolte, almeno riportate a un comune senso di umanità.

Ma non è questo, in fondo, il senso di ogni impresa magnificamente priva di speranza, come quella affrontata da Guido Alpa nel suo libro?

Non è semplicemente un '*Congedo*' quello che l'autore colloca al termine della sua opera, riconoscendo che

"*Il principio di solidarietà è un'opera aperta (riconoscendo implicitamente il debito nei confronti di Umberto Eco, n.d.a.), è la nota di una sinfonia che può essere variamente ripercorsa, e la sinfonia può prendere toni tenui o più forti.*"

E affermando infine che

“Questo libro non ha conclusioni. Il percorso della solidarietà è lungo e tortuoso, senza fine.”

E che proprio alla luce del principio di solidarietà

“...considerati i risultati deludenti a cui ha condotto l'uso dell'Euro, il fallimento del modello economico neoliberista, la immoralità della prevalenza degli interessi economici sui valori della persona, siamo indotti a credere che occorra rimeditare il testo dei Trattati (europei, n.d.a.) per poter raggiungere nel prossimo futuro un livello di vita sociale in cui siano ridotte le differenze tra i ceti e le persone, e sia accettato il principio di inclusione...”

Più che un ‘congedo’ dunque, un arrivederci al prossimo libro di Guido Alpa sul tema mai concluso della solidarietà.

Note.

(1) Alpa, *Solidarietà*, p. 12.

(2) G.Alpa, *Solidarietà. Un principio normativo*, Il Mulino, 2022, pp. 299, € 26.

(3) Alpa, op. cit., p. 11.

(4) La vicenda del *délit de solidarité*, parzialmente conclusasi con La decisione del Consiglio Costituzionale francese 2018-717/718 QPC, che vi ha sovrapposto un più ampio, anche se generico, *principe de fraternité*, è caratteristica dell'ordinamento francese, postosi frequentemente in contrasto con la disciplina europea del fenomeno migratorio.

La legge francese si era spinta a considerare come un grave illecito penale anche il solo impegno militante, senza alcun fine di lucro, a favore dei migranti. Clamoroso è stato, a questo proposito, il caso dell'agricoltore Cédric Herrou. L'aiuto umanitario ai migranti non è più reato, se ci si li-

mita a fornire elementi essenziali da punto di vista strettamente umanitario, mentre continua a venire represso penalmente l'aiuto ad entrare nel territorio francese.

(5) Alpa, op. cit. p. 12.

(6) Alpa, op. cit. p. 103.

(7) Alpa, op. cit. p. 81.

(8) Alpa, op. cit. p. 35.

(9) Citato da Alpa, op. cit. p. 36.

(10) E, in fondo, ha osservato Stefano Rodotà che “La costruzione del principio di solidarietà, anzi, è stata avviata proprio sul terreno dei rapporti patrimoniali, della proprietà e delle obbligazioni, per immergerle nel flusso delle relazioni sociali. È noto, infatti, che nell'Encyclopedie di Diderot e D'Alembert la voce ‘solidarité’, scritta da Louis De Faucourt, aveva come sua unica fonte il Dictionnaire de Commerce...” Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, p. 69.

(11) Alpa, op. cit., p.231.

(12) Alpa, op. cit. p. 256.

(13) Come osservato da U. Mattei e A. Quarta (in *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi del diritto dei contratti*, GiustiziaCivile.com, 2020, n. 5), i riformatori del Codice Civile, nel 1944, avevano ritenuto l'articolo 1175 “appena un festone di poco gusto collocato all'inizio del Libro (delle obbligazioni, n.d.a.) per dare al lettore profano la sensazione che vi avrebbe respirato aria fascista”. La disposizione però è rimasta ed è intervenuta solo un'abrogazione parziale che ha trascinato con sé oltre al malfamato aggettivo anche il riferimento alla solidarietà.

(14) Alpa, op. cit. p. 236.

(15) Cass. 20 marzo 1994, n.1375.

(16) Mattei e Quarta, op. cit.

(17) Alpa, op. cit. p. 255.

(18) Umberto Eco, *Vertigine della lista*, Bompiani, 2016.

Sezione di diritto del lavoro

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. lav., 23 settembre 2022, n. 560 - Giudice Golinelli.

LAVORO - nullità del ricorso di primo grado - incertezza causa petendi - indeterminazione della domanda - principio del giusto processo - violazione.

(Art. 24 e 111 Cost.; art. 164 c.p.c.; D.L. n. 179/2019)

La redazione dell'atto introduttivo del giudizio disordinata, eccessivamente dilatata, generica, ripetitiva, intellegibile e confusionaria e che rende difficoltosa l'individuazione della causa petendi è in contrasto con i principi del giusto processo, sinteticità e chiarezza degli atti, del diritto di difesa nonché con i principi di ragionevole durata del processo e di leale collaborazione con il Giudice e con le parti. Dalla indeterminazione dell'oggetto di causa consegue la nullità del ricorso senza possibilità di rimedio attraverso il meccanismo della rinnovazione o integrazione del ricorso ex art 164 comma 5 c.p.c.

(...Omissis...)

Con “ricorso ex art. 414 e/o 442 c.p.c.” depositato il 10.9.2021, S. Roberta, in proprio e quale erede di S. Antonio, dopo aver adito inutilmente la via amministrativa, ha convenuto in giudizio i Ministeri in epigrafe per il riconoscimento del proprio status di orfana di vittima del dovere, conseguente al preventivo accertamento della derivazione dalla causa di servizio del mesotelioma pleurico bifasico che aveva colpito il padre, portandolo al decesso in data 27.6.2018.

In conseguenza di ciò, la ricorrente ha domandato che le venissero riconosciuti tutti i benefici economici derivanti dal suddetto accertamento, oltre al risarcimento dei danni tutti subiti e *subendi*, sia in proprio che *iure hereditario*, il tutto oltre rivalutazione ed interessi. Il Ministero della Difesa, tempestivamente costituitosi, ha chiesto la declaratoria di nullità ovvero inammissibilità del ricorso de quo per la sua assoluta indeterminazione, ha eccepito il difetto di giurisdizione in merito al riconoscimento della causa di servizio del *de cuius* ed il difetto di competenza tabellare del giudice del lavoro sulle domande risarcitorie. Nel merito, comunque, ha concluso per il rigetto delle domande della ricorrente.

Il Ministero dell'Interno, pur ritualmente notificato, non si è costituito ed è stato dichiarato contumace. La causa è stata posta in decisione sulle eccezioni preliminari, allo stato degli atti.

L'eccezione di nullità del ricorso è fondata e da sola, comporta la definizione del giudizio.

Deve, infatti, rilevarsi che il ricorso formulato dalla S. Roberta è stato redatto in maniera eccessivamente prolissa (ben 179 pagine) e con continui rinvii a procedimenti esterni, avviati da altri commilitoni del padre che, in alcuni casi, vengono solo genericamente richiamati, senza indicazione di quale specifica parte si ritiene conferente con il giudizio oggi in esame, ovvero con riferimenti generici ai documenti dei suddetti procedimenti (cfr. pagg. 14 e 15, 18, 28, 31, 96, 115 del ricorso). In altri punti, invece, il ricorso rinvia o si riferisce, a procedimenti penali nei confronti dei Ministeri convenuti, ma sempre senza richiamare il contenuto degli atti o dei documenti cui si riferisce, né spiegare per quale ragione ritiene fondamentale l'esame di tale documentazione (cfr. pagg. 13,

16, 20, 23, 24, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 38, 52, 53, 56, da 67 a 71, 73, 74, 75).

Inoltre, nel ricorso di parte ricorrente, vi sono rinvii ad articoli di approfondimento giornalistico (cfr. pagg. 58 e 61), relazioni peritali di CTU di altri procedimenti (cfr. pagg. 58, 59, 87, 89, 90) report (cfr. pagg. 65, 74, 80, 123), dichiarazioni effettuate da commilitoni del *de cuius* o militari in altri procedimenti (cfr. pag. 60, 67). Spesso nell'atto sono inseriti una serie di documenti del tutto illeggibili ed incomprensibili, talvolta del tutto inconferenti e slegati dalla narrativa e che hanno, quale unico risultato, quello di interrompere i racconti della vicenda oggetto d'esame, frammentari e nello stesso tempo ripetitivi e caotici (cfr. da pag. 40 a 44 e ss., da pag. 54 a 58). La sola relazione tecnica del CTP di parte il dott. Arturo C., consta di ben 125 pagine e l'indice dei documenti allegati al ricorso è una elencazione di ben 12 pagine, con una suddivisione degli stessi caotica e defatigante che cela l'effettivo numero dei documenti stessi “stimabile” in qualche centinaio. In altri casi, il ricorso, invece, è sviluppato rinviando ad articoli di letteratura scientifica in lingua inglese, in contrasto con l'art. 122 c.p.c., che impone l'uso della lingua italiana in tutti gli atti del giudizio (cfr. pagg. 37, 72, 88, 93, 94).

Dalla semplice lettura delle conclusioni riportate in epigrafe, poi, emerge chiaramente come, anche le domande formulate dalla ricorrente siano di difficile comprensione, in quanto anch'esse infarcite di richiami di ogni genere (perfino giurisprudenziali) e di ripetizioni. Infine, il già esorbitante elaborato, termina con una serie di richieste istruttorie talmente ampie che, a volerle accogliere nella loro interezza, necessiterebbero di un tempo eccessivo per il loro espletamento, in contrasto con la ragionevole durata del processo (sono indicati 24 testimoni, per i quali si chiede l'escussione su tutti i punti di fatto del ricorso, che consta di oltre 250 paragrafi, oltre agli ulteriori 52 capitoli di prova indicati nelle conclusioni). Questa modalità di redazione dell'atto così disordinata, eccessivamente dilatata, generica, ripetitiva, inintelligibile e confusionaria, rende l'individuazione della *causa petendi* davvero ardua, sia per questo giudice che per la difesa di controparte, ciò a nocumento ed in evidente contrasto con i principi del giusto processo, di sinteticità e chiarezza degli atti (cfr. art. 16 bis comma 9 octies D.L. 179/2012, come modificato dal D.L. 83/2015 convertito nella L. 132/2015: “Gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica”), del diritto di difesa (art. 24 Cost.) nonché con i principi di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) e di leale collaborazione con il giudice e tra le parti.

Principi tutti che, pur non prevedendo una sanzione per la loro inosservanza, non possono restare privi di conseguenze in caso di mancato rispetto, specie quando vengono violati congiuntamente e soprattutto quando tale comportamento importa un'assoluta indeterminazione dell'oggetto di causa. La giurisprudenza di legittimità è consolidata nel ritenere che: “Nel rito del lavoro, la nullità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per mancata determinazione dell'oggetto della domanda o per mancata esposizione delle ragioni, di fatto e di diritto, sulle quali essa si fonda ricorre allorché sia assolutamente impossibile l'individuazione dell'uno

o dell'altro elemento attraverso l'esame complessivo dell'atto, perché in tal caso il convenuto non è posto in condizione di predisporre la propria difesa né il giudice di conoscere l'esatto oggetto del giudizio." (Cass., Sez. Lav., 17 luglio 2018, n. 19009).

Principio già affermato nella sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 21297/2016, che, a sua volta, richiama le sentenze della Cassazione n. 11199/12 e Cassazione n. 9488/14, evidenziando che: "la smodata sovrabbondanza espositiva degli atti di parte, infatti, non soltanto grava l'amministrazione della giustizia e le controparti processuali di oneri superflui, ma, lungi dall'illuminare i temi del decidere, avvolge gli stessi in una cortina che ne confonde i contorni e ne impedisce la chiara intelligenza, risolvendosi, in definitiva, in un impedimento al pieno e proficuo svolgimento del contraddittorio processuale. La sinteticità e la chiarezza degli atti sono funzionali al duplice fine di assicurare un'effettiva tutela del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. (nell'ambito del rispetto dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., comma 2 e in coerenza con l'art. 6 CEDU) e di evitare di gravare sia lo Stato che le parti di oneri processuali superflui.

L'art. 3 del c.p.a. esprime «un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, in quanto funzionale a garantire, per un verso, il principio di ragionevole durata del processo, costituzionalizzato con la modifica dell'art. 111 Cost. e, per altro verso, il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice» (Cass., 20 ottobre 2016, n. 21297). Alle medesime conclusioni è, ormai, giunta anche la giurisprudenza di merito (cfr. Corte d'Appello di Milano, sez. I, 14 ottobre 2014; Trib. Milano, sez. lav., 13 marzo 2017, n. 741, Trib. Sassari, sez. lav., 26 gennaio 2021).

Conseguenza della predetta indeterminazione dell'oggetto di causa è la declaratoria di nullità del ricorso, alla quale, nel caso di specie, non potrà porsi rimedio attraverso il meccanismo della rinnovazione o integrazione del ricorso ex art. 164, comma 5 c.p.c.

Come ha convincentemente evidenziato il Tribunale di Milano con la sentenza 741 del 13.3.2017 cit., infatti: "È noto che un orientamento interpretativo della Suprema Corte (cfr. Cass. SS.UU. 17 giugno 2004 n. 11353) ritiene tale ultima disposizione compatibile con il rito del lavoro e giudica pertanto sanabile la nullità del ricorso per indeterminazione degli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento della domanda, mediante integrazione dell'atto nel termine perentorio fissato dal giudice.

Tale orientamento non pare tuttavia condivisibile, in quanto a fronte dell'integrazione della domanda rimarrebbe pur sempre ferma la maturata decadenza istruttoria del ricorrente in ordine all'indicazione dei mezzi di prova relativi ai fatti oggetto dell'integrazione: la sanatoria - come espressamente affermato dalla Suprema Corte nella sentenza citata - non varrebbe, infatti, a rimettere in termini il ricorrente rispetto ai mezzi di prova non indicati né specificati nell'atto introduttivo.

Si verificherebbe dunque l'incongruenza di costringere la parte ricorrente, per ordine del giudice, ad integrare il contenuto del ricorso con allegazione di nuovi elementi di fatto dei quali non potrebbe poi offrire la dimostrazione, per l'intervenuta preclusione di cui si è precedentemente detto.

Inoltre verrebbero ad essere alterate la simmetria tra le posizioni del ricorrente e del convenuto e la circolarità tra oneri di allegazione, di contestazione e di prova, che connotano il rito del lavoro e impongono che, ai sensi degli artt. 414 e 416

c.p.c., gli elementi di fatto e di diritto posti a base delle diverse domande e/o istanze dell'attore e del convenuto siano compiutamente contenuti nei rispettivi primi atti processuali (ricorso e memoria difensiva).

La stessa Suprema Corte, con la sentenza 27 maggio 2008 n. 13825, ha evidenziato che l'indicata circolarità degli oneri di allegazione, di contestazione e di prova, per essere espressione di un assetto normativo incentrato sull'oralità, concentrazione ed immediatezza, caratterizzante il rito del lavoro, è funzionalizzata al perseguimento del principio della "ragionevole durata del processo" (art. 111 Cost., comma 2), in quanto la determinazione dell'oggetto della domanda e l'indicazione dei fatti posti a base della domanda stessa ex art. 414 c.p.c., nn. 3 e 4 consentono al convenuto, con il prendere posizione sui fatti di causa, di assolvere agli oneri di contestazione nonché a quelli probatori aventi ad oggetto i fatti ritualmente e tempestivamente allegati in ricorso.

Sulla base di tali premesse la Suprema Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: "nel rito del lavoro è affetto da nullità assoluta il ricorso introduttivo allorché sia privo dell'esatta determinazione dell'oggetto della domanda o dell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto posti a base della domanda stessa.

Tale nullità, che il giudice è tenuto a dichiarare preliminarmente, non è sanabile attraverso una opera di integrazione del contenuto del ricorso con quello dei documenti allegati al ricorso stesso, dovendo il *thema decidendum* della controversia essere individuato - in ragione della prescrizione di cui all'art. 414 c.p.c., n. 3 e 4, e della circolarità degli oneri di allegazione, di contestazione e di prova - in forma esauriente e chiara sulla base del solo atto introduttivo della lite, non potendo i documenti ad esso allegati servire per supplirne le carenze, stante la loro natura di mezzi di prova, volti come tali ad asseverare la veridicità e validità degli elementi di fatto e di diritto allegati in ricorso".

Medesimo ragionamento deve essere applicato per i casi, come quello di specie, in cui la impossibilità di individuare compiutamente il *thema decidendum*, derivi, non da una carenza dell'atto introduttivo, bensì da una sua sovrabbondanza, così che neppure un'operazione di "taglio" delle parti sovrabbondanti affidata dal giudice al ricorrente, sarebbe comunque in grado di superare il giudizio di inidoneità dell'atto introduttivo rispetto ai principi di effettiva tutela del diritto di difesa e di leale collaborazione tra le parti processuali sopra richiamati.

Una tale operazione, infatti, non sarebbe comunque idonea a far venire meno quella alterazione della simmetria tra le posizioni delle parti e la circolarità degli oneri di allegazione, di contestazione e di prova che le norme sul processo del lavoro non ammette e che si è, invece, già verificata con il deposito del ricorso sovrabbondante.

Non resta, quindi, che accogliere l'eccezione di nullità del ricorso che assorbe ogni altra questione.

Relativamente alle spese di lite, ragioni inerenti alla natura della pronuncia formulata, giustificano l'integrale compensazione delle stesse tra le parti.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. 2210/2021 R.G. tra S. Roberta contro Ministero della Difesa e Ministero dell'Interno, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede: dichiara nullo il ricorso.

(...*Omissis*...)

Massime

Tribunale della Spezia, sez. lav., 20 giugno 2022, n. 130 - Giudice Panico.

LAVORO - mobbing - configurabilità - nozione - condotte rilevanti

Per mobbing si intende un comportamento reiterato nel tempo ed intenzionale di un gruppo di lavoratori nei confronti di un altro al fine di isolarlo ed emarginarlo (mobbing orizzontale) o, quando le azioni derivino dai superiori gerarchici, per ottenerne l'estromissione dal lavoro (mobbing verticale o bossing).

Due sono gli imprescindibili elementi del mobbing: la reiterazione delle condotte (costituite da negozi, atti, meri comportamenti), non necessariamente illecite se considerate in sé, per un arco di tempo apprezzabile (almeno sei mesi) e la loro intenzionalità da non considerarsi come coscienza specifica del fine ma come finalità riprovedibile in relazione alla lesione dei beni della dignità personale e della salute psicofisica.

VA.TO.

Corte D'Appello di Genova, sez. lav., 22 giugno 2022, n. 160 - Pres. ed est. Melandri.

LAVORO - contratto di lavoro subordinato - tempo indeterminato - tempo determinato - trattamento differenziato - legittimità.

(Art. 421 c.p.c.)

I lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo determinato non possono, a parità di condizioni, essere trattati più sfavorevolmente rispetto a quelli aventi contratto a tempo indeterminato, a meno che non sussistano condizioni oggettive.

Le maggiorazioni retributive derivanti dall'anzianità di servizio possono infatti non essere riconosciute ai lavoratori a tempo determinato solo in presenza di elementi precisi e specifici di differenziazione, quali le modalità e la natura del lavoro prestato.

(Nel caso di specie la Corte D'Appello ha ritenuto che le informazioni riguardanti la composizione e i redditi del nucleo familiare, di cui alla domanda amministrativa avanzata dalla ricorrente per la richiesta di pagamento dell'assegno familiare e allegati nel giudizio di primo grado, costituissero una base probatoria meritevole di essere approfondita dal Tribunale attraverso l'acquisizione ufficiosa delle informazioni della situazione reddituale presso l'Agenzia delle Entrate ex art 421 c.p.c.).

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 10 gennaio 2023, n. 8 - Giudice Grillo.

LAVORO - avviso di addebito INPS - gestione commercianti - obbligo di iscrizione per il socio liquidatore - presupposti

(Art. 1 comma 203 l. 662/1966)

L'iscrizione alla gestione commercianti per i soci e i liquidatori di una società posta in liquidazione è obbligatoria, ai fini contributivi, qualora gli stessi continuino a svolgere attività sociale anche durante la fase di liquidazione e fino alla cancellazione della so-

cietà dal registro delle imprese solo nel caso in cui l'attività conservi i caratteri della abitudine e prevalenza.

Perché un'attività abbia i caratteri della prevalenza e abitudine è necessario che siano esercitate quelle attività inerenti il raggiungimento dell'oggetto sociale e quindi che siano analoghe alla quotidiana attività che l'impresa ha esercitato durante la propria vita. Più specificamente è necessario che oggetto delle operazioni di liquidazione siano gli stessi beni o servizi già oggetto dell'attività di impresa (per esempio lo smaltimento delle scorte in magazzino a prezzi ribassati)".

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 12 gennaio 2023, n. 22 - Giudice Bossi.

LAVORO - reddito di cittadinanza - azione di accertamento - onere probatorio.

(Art. 7 comma 11 l. 26/2019)

La normativa in materia di reddito di cittadinanza secondo la quale a seguito della revoca della prestazione del beneficio il richiedente può ripresentare una nuova domanda di reddito solo decorsi 18 mesi dalla revoca o 6 mesi qualora nel nucleo familiare vi siano dei minori si applica solo nel caso in cui il richiedente non contesti la decisione di revoca.

Se così non fosse, infatti, una nuova domanda amministrativa sarebbe un'inutile duplicazione del procedimento amministrativo già avviato con conseguente ritardo per la parte nel riconoscimento del proprio diritto ad ottenere il pagamento ovvero il ripristino di un beneficio potenzialmente dovuto. Qualora si configuri l'azione giudiziaria quale azione di accertamento del diritto a prestazione previdenziale, avente ad oggetto il diritto ed il rapporto e non avente ad oggetto l'impugnazione/contestazione del provvedimento amministrativo di rigetto o di revoca della prestazione da parte dell'Ente, compete alla parte che agisce in giudizio fornire prova dei presupposti per la sussistenza del diritto.

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 13 gennaio 2023, n. 24 - Giudice Parodi.

LAVORO - pensione di invalidità - indebita percezione - prescrizione - dies a quo.

(D.L. n. 463/1983)

I ratei di pensione di invalidità indebitamente erogati sono recuperati in sede di ripristino della prestazione qualora il beneficiario sia percettore di altro reddito erogato dall'Ente sul quale quest'ultimo può effettuare una compensazione mediante trattenute parziali sulla prestazione in erogazione.

Pertanto, l'Inps è nell'impossibilità giuridica di procedere al recupero dell'indebito e la prescrizione non può iniziare a decorrere fino a che lo stesso non sia a conoscenza della percezione di altro reddito da parte del beneficiario (il soggetto obbligato dalla legge di comunicare all'Inps i redditi percepiti è il soggetto beneficiario e in, caso di lavoratore dipendente, il datore di lavoro).

ST.TO.

Documenti

*Il licenziamento oggettivo in Italia:
i correttivi della Corte Costituzionale
in tema di insussistenza del fatto,
la nozione attuale dell'istituto mediante un
confronto comparato con il sistema spagnolo.*

Andrea Firriolo

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Abstract.* - 2. *Il licenziamento oggettivo: nozione e quadro legislativo.* - 3. *La sentenza nr. 59/2021 della Corte Costituzionale: il passaggio da "possibilità" ad "automaticità" della reintegrazione per manifesta insussistenza del fatto.* - 4. *La sentenza nr. 125/2022 della Corte Costituzionale: il passaggio da "manifesta insussistenza del fatto" ad "insussistenza del fatto".* - 5. *Il licenziamento oggettivo in Spagna. Extinción del contrato por causas objetivas.* - 6. *Note conclusive e considerazioni critiche. Uno sguardo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo riflessioni su due approcci di politica legislativa.*

1. Abstract.

Il presente elaborato si propone l'obiettivo di consegnare al lettore gli elementi essenziali per accostarsi alla nozione di licenziamento oggettivo nella sua dimensione più attuale.

A tal fine, dopo una breve introduzione generale dell'istituto anche con uno sguardo al mutamento storico-evolutivo in raffronto con i correttivi apportati dalla giurisprudenza verranno presi in esame i due significativi interventi operati dalla giurisprudenza di legittimità negli anni 2021 e 2022 in tema di insussistenza del fatto.

In particolare, al fine di fornire un quadro del licenziamento oggettivo nei suoi aspetti dinamici, verranno specularmente analizzate le sentenze della Corte Costituzionale sentenza nr. 59/2021 e nr. 125/2022 che hanno introdotto mutamenti significativi in punto di tutela invocabile da parte del lavoratore.

All'esito si esaminerà l'istituto del licenziamento per gmo interno mediante un approccio comparato con l'omologa figura prevista nell'ordinamento spagnolo di cui verrà precedentemente dato conto nei suoi tratti più salienti e caratteristici.

2. Il licenziamento oggettivo: nozione e quadro legislativo.

La nozione di licenziamento per gmo si rinviene nel nostro ordinamento dalla lettura dell'art. 3 della legge 604/1966 ove si legge che il licenziamento può essere intimato "per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

Costituiscono giustificato motivo oggettivo la crisi dell'impresa, la cessazione dell'attività o anche solo il venir meno delle mansioni cui è assegnato il lavoratore, senza che sia possibile il suo ricollocamento in altre mansioni esistenti in azienda e compatibili con il suo livello di inquadramento.

La riforma Fornero del 2012, come noto, ha ricondotto poi all'area del licenziamento per motivi oggettivi anche le ipotesi del licenziamento per superamento del periodo di comporta-

e del licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore forzando quindi la categoria originaria, ontologicamente "economica" ed estendendola sino a ricomprendere recessi riconducibili ad un elemento esterno all'azienda, pur sempre annoverabile in un "impedimento oggettivo" per il lavoro e quindi per il funzionamento dell'apparato produttivo. L'individuazione dei limiti entro i quali si può dire integrato il giustificato motivo oggettivo sono fondamentali, posto che l'eventuale accertata insussistenza è da sola idonea a rendere il licenziamento comminato illegittimo.

Le decisioni della Suprema Corte a riguardo sono oggi uniformemente attestate nel ritenere che la manifesta insussistenza del fatto debba essere verificata, sia con riferimento alla ragione oggettiva, che al ripescaggio, posto che questi due elementi concorrono insieme ad integrare la fattispecie del gmo.

A tal proposito la giurisprudenza di legittimità con l'ordinanza della VI Sezione (18.07.2019 nr. 19302), che ha confermato la precedente Cass. nr. 25201/2016, ha rimarcato come il controllo del giudice si debba incentrare sulla sola sussistenza delle ragioni/decisioni oggettive affinché esse non possano essere strumentalmente addotte al fine di procedere al recesso datoriale, precludendo così ogni giudizio di merito e/o di opportunità connesso alle stesse.

In ossequio al criterio guida delineato dalla Suprema Corte, pertanto, non potrà allora dirsi configurato un licenziamento per gmo allorquando ci si trovi di fronte ad una decisione di sopprimere il posto di lavoro, con effetti che (solo consequenzialmente) si riverberano sull'organizzazione, giacché il nesso causale è unidirezionale (e non bidirezionale) di talché la decisione adottata deve costituire causa efficiente della soppressione del posto di lavoro e del licenziamento e non viceversa (1).

Esposto il licenziamento per gmo nei suoi tratti essenziali, si osserva come le garanzie offerte al lavoratore, in caso di licenziamento illegittimo, siano profondamente mutate nel corso degli ultimi anni.

Fino al 2012, infatti, l'illegittimità del licenziamento per motivo oggettivo era sanzionata – per i rapporti di lavoro rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori – con la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore, oltre al risarcimento integrale del danno retributivo ed al versamento dei contributi previdenziali per il periodo intercorrente tra il momento del licenziamento e quello della reintegrazione.

L'intervento della Legge Fornero ha recato con se la volontà di implementazione dei meccanismi di flessibilità in uscita secondo il modello della *flexicurity* (2), tradottasi in un significativo intervento correttivo all'art. 18 L.300/1970.

In particolare l'art. 18, così come modificato dall'intervento normativo del 2012, non prevede più un unico regime sanzionatorio, ma disciplina ben quattro diversi tipi di tutela che variano a seconda di quale tipo di invalidità sia accertata dal giudice.

Il primo tipo riguarda la tutela reintegratoria piena. Questa è contenuta nei primi tre commi dell'art. 18 così come novellato nel 2012. Secondo questo regime, il giudice condannerà il datore di lavoro sia alla reintegrazione nel posto di lavoro, sia

al pagamento di un'indennità che possa essere compensativa delle perdite del lavoratore, calcolata in base all'ultima retribuzione globale di fatto. Il giudice inoltre condannerà il datore al versare i contributi previdenziali e assistenziali effettivamente dovuti dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione.

Questo era il regime tipico del licenziamento intimato in forma orale o per motivo discriminatorio o illecito.

Il secondo tipo di tutela che è stata considerata è la tutela reintegratoria attenuata, prevista, nella versione precedente, dai commi 4 e 7 dell'art. 18. Tale diversa forma di tutela prevede ancora la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro, al pagamento di una indennità risarcitoria per il danno che il lavoratore abbia subito senza però la fissazione di una soglia minima di cinque mensilità, come nel caso della tutela reintegratoria piena (3).

Terzo tipo di regime considerato è quello della tutela indennitaria forte, presente al comma cinque e sette della vecchia formulazione dell'art. 18 St. lav., la quale prevede che il giudice dichiarò risolto un rapporto con effetto decorrente dalla data di licenziamento, condannando il datore a pagare un'indennità a titolo risarcitorio compresa tra le dodici mensilità e le ventiquattro mensilità nel massimo, di retribuzione globale di fatto da determinare secondo congrua motivazione.

Quarto ed ultimo tipo di tutela è quella definita indennitaria dimezzata o ridotta. È presente al sesto comma del vecchio testo ed è il metodo utilizzato per sanzionare vizi di carenza di motivazione, o vizi procedurali attinenti il licenziamento disciplinare e quello discriminatorio. In quest'ultimo tipo di tutela, caratteristica principale è che il rapporto viene dichiarato risolto e si prevede un'indennità risarcitoria che varia tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Dopo appena tre anni dall'entrata in vigore della Legge Fornero, si è aperta la strada ad una nuova riforma del mercato del lavoro, mirata a modificare gli assetti generali della disciplina del licenziamento.

Le innovazioni che ne seguirono ebbero un impatto considerevole poiché il decreto legge, alla base della disciplina, non si limitò a rendere le regole già esistenti più flessibili, ma intaccò ambiti di tutela imponenti, compiendo un passaggio che segnò la fine di un'epoca: infatti, si passò dalla reintegrazione nel posto di lavoro alla tutela risarcitoria, come regola quasi generale.

Pertanto il decreto legislativo 23 del 2015 è andato ad inserirsi in un contesto sociale molto particolare in discontinuità rispetto al passato.

Il Jobs Act infatti, attraverso il ribaltamento dell'assetto preesistente, si proponeva prioritariamente di operare una politica legislativa di gestione della dinamica occupazionale: infatti, era opinione diffusa che la disciplina dei recessi imponesse dei limiti oltremodo eccessivi al datore di lavoro, e che tali limiti fossero il motivo per cui lo stesso datore di lavoro si sentisse scoraggiato ad utilizzare contratti di lavoro a tempo indeterminato, preferendo strumenti di flessibilità.

Il Jobs Act, appunto, deve essere inteso come caratterizzato, non dall'obiettivo di creare nuovi posti di lavoro ma dal fine di far crescere la quota delle assunzioni con contratto a tempo indeterminato, riducendo fenomeni di flessibilità in entrata, con lo scopo di adeguare la nostra disciplina agli standard europei.

Infatti, se il datore di lavoro fosse condannato al ripristino della situazione precedente, tale circostanza non eliminerebbe l'intera perdita subita dal lavoratore in quell'intervallo di

tempo tra l'evento stesso e la sua riparazione. Tale perdita "può essere recuperata solo con una tutela per equivalente monetario" (4).

Venendo quindi, in estrema sintesi, a tratteggiare i contorni della disciplina del contratto a tutele crescenti, si osserva quindi che per i licenziamenti discriminatori / nulli (poiché in contrasto con specifici divieti di legge), la tutela accordata è rimasta del tutto identica a quella vigente prima della riforma, dunque la reintegrazione nel posto e la tutela risarcitoria piena.

Per la restante parte dei licenziamenti, il regime generale e ordinario ha imposto la mera tutela economica, con un'indennizzo che cresce in maniera progressiva in relazione all'anzianità di servizio del lavoratore all'interno di un tetto minimo e massimo rispettivamente di quattro e ventiquattro mensilità (5).

Nella circostanza specifica di insussistenza di fatto materiale è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro.

Nelle ipotesi in cui l'illegittimità sia derivata da vizi procedurali o formali del licenziamento, è previsto il pagamento di un'indennità economica di importo commisurato ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio.

Com'era immaginabile, le problematiche operative che ha portato con sé il Jobs Act non sono trascurabili.

In tal senso è questione ancora attuale la disparità di trattamento esistente non già tra diverse categorie di lavoratori, ma tra colleghi che svolgono la medesima mansione all'interno della stessa azienda, unicamente riconducibile alla diversa data di assunzione (6).

Tanto chiarito rispetto alla nozione dell'istituto del licenziamento per gmo anche avuto riguardo allo stesso all'interno di un complesso percorso normativo storico-evolutivo che ha permesso al lettore di prendere contezza di quanto le norme sul recesso siano strettamente connesse alle esigenze della politica-economica, di seguito verrà dato conto di due recenti ed importanti correttivi apportati all'istituto da parte della giurisprudenza costituzionale.

3. La sentenza nr. 59/2021 della Corte Costituzionale: il passaggio da "possibilità" ad "automaticità" della reintegrazione per manifesta insussistenza del fatto.

La Corte Costituzionale, con sentenza nr. 59/2021, ha dichiarato l'illegittimità – per contrasto con l'art. 3 Cost. e con i principi di eguaglianza e ragionevolezza – del secondo periodo del settimo comma dell'art. 18 St. Lav., così come modificato dalla L. 92/2012, nella parte in cui prevede che il Giudice, allorquando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, "può altresì applicare" – invece che "applica altresì" la disciplina di cui al quarto comma del medesimo art. 18.

La sentenza della Corte ha suscitato notevole interesse sia per la sua evidente ricaduta applicativa sia poiché si inserisce in un momento storico in cui la tematica dei licenziamenti nazionali è stata posta al centro dell'attenzione della giurisprudenza di matrice europea (7).

Come si anticipava, sebbene le intenzioni del legislatore del 2012 fossero quelle di circoscrivere le ipotesi di reintegrazione del lavoratore, il settimo comma dell'art. 18 St. Lav. come modificato dalla riforma, ha previsto che il giudice potesse altresì reintegrare il lavoratore ove fosse stata accertata la manifesta insussistenza del fatto.

Sin dalla entrata in vigore della disposizione, era emersa tuttavia una evidente disparità di trattamento tra licenziamenti

disciplinari ed economici giacché, ove fosse stata accertata in giudizio la insussistenza del fatto, nel primo caso il giudice annullava il licenziamento e condannava alla reintegrazione, mentre con riferimento al secondo, come previsto dal secondo periodo del settimo comma dell'art. 18, vi era un margine di discrezionalità su cui, inevitabilmente, si erano innestati due opposti orientamenti giurisprudenziali. Il primo escludeva la reintegrazione allorché questa fosse stata “*incompatibile con la struttura organizzativa medio tempore assunta dall'impresa*” (Cass. 31.01.2019 nr. 2930 e Cass. 2.05.2018 nr. 10435) e, l'altra (minoritaria), riteneva invece la reintegrazione l'unico rimedio possibile ogni qual volta la insussistenza fosse stata accertata, così di fatto annullando il potere discrezionale conferito al giudicante attraverso la valorizzazione della norma nel suo impianto sanzionatorio connesso all'estrema gravità con cui era stato elaborato il recesso (Cass. 13.03.2019 nr. 7167 e Cass. 14.07.17528).

La Corte Costituzionale, muovendo da questo ultimo orientamento, ha valorizzato il concetto di “insussistenza del fatto”, di chiara derivazione penalistica, osservando come la disposizione censurata prestasse il fianco ad una irragionevole disparità di trattamento, connotandosi in definitiva quale “norma in bianco”, come tale quindi “*priva di criteri applicativi idonei ad orientare il potere del giudice di disporre o meno la reintegrazione*” la quale, peraltro, “*nel demandare ad una valutazione giudiziale sfornita di ogni criterio direttivo è perciò altamente controvertibile*”, di talché la scelta tra tutela reintegratoria ed indennitaria, contraddiceva le stesse finalità perseguite dalla legge Fornero, il cui obiettivo era quello di creare una equa distribuzione delle tutele di impiego ed una circoscrizione entro confini certi e prevedibili come si è dato conto in precedenza (8).

4. La sentenza nr. 125/2022 della Corte Costituzionale: il passaggio da “manifesta insussistenza del fatto” ad “insussistenza del fatto”.

Recentemente, con la sentenza nr. 124/2022 del 19 maggio 2022 a distanza di 10 anni esatti dalla promulgazione della legge Fornero, la Corte Costituzionale è tornata a pronunciarsi sull'art. 18 comma 7, intervenendo su uno degli aspetti più controversi della norma come modificata dal Legislatore.

La Corte, valorizzando proprio l'attività pratica del Giudice che – nello scrutinare il licenziamento è chiamato ad operare una valutazione di mera legittimità essendogli dunque precluso di entrare nel merito della decisione datoriale – ha ritenuto inopportuno (ed illegittimo) il richiesto carattere della “manifesta” insussistenza del fatto.

A ben vedere, infatti – non essendo consentito alcun giudizio di merito in ordine alla decisione datoriale anche in virtù dell'art. 30 comma 1 L. 183/2010 che prevede – a seguito delle modifiche apportate dalla Legge Fornero (art. 1 co. 43) – la possibilità che la sentenza che esprime una valutazione più penetrante da parte del giudice adito possa essere impugnata per violazione di norma di diritto – sarebbe irragionevole, per converso, subordinare la possibilità di reintegrazione ad un elemento di vaghezza relativo a “quanto” è insussistente il fatto materiale.

A riguardo la Corte infatti ha rilevato che l'elemento della “manifesta insussistenza” conduceva ad un “*apprezzamento imprevedibile e mutevole*” in relazione al quale non vi è “*alcuna indicazione utile a orientarne gli esiti*”.

Da un punto di vista pratico, l'intervento della Consulta ha un impatto significativo.

Risulta infatti alleggerito l'onere probatorio in capo al lavoratore, non essendo più tenuto a dimostrare, oltretutto la non

esistenza del fatto, anche la immediata ed evidente connessione con il provvedimento espulsivo al fine di conseguire la reintegrazione.

Inoltre, tra le righe, la Corte chiarisce un altro importante aspetto confermando, in questo senso, gli approdi della più recente giurisprudenza di legittimità, secondo i quali non rientrano nella ipotesi di insussistenza del fatto il mancato rispetto dei parametri di buona fede e correttezza che presiedono alla scelta dei lavoratori da licenziare che appartengono a personale fungibile ed omogeneo, attenendo l'omissione in parola ad un altro profilo di illegittimità non idoneo *ex se* a produrre un effetto restitutorio, ma solo risarcitorio.

5. Il licenziamento oggettivo in Spagna. *Extinción del contrato por causas objetivas*.

Passando ad una disamina comparata del tema in esame, la disciplina spagnola in materia di licenziamento è frutto di una complessa trasformazione in cui il Legislatore, con interventi di segno opposto che in qualche modo sono sovrapponibili all'*iter* italiano, ha nel tempo delineato un assetto normativo incline al liberismo economico.

Il processo evolutivo descritto si può comprendere attraverso l'analisi delle modifiche apportate alla regolamentazione del licenziamento per ragioni oggettive, contenuta nello Statuto dei Lavoratori (Estatuto de los Trabajadores “ET”) promulgato nel 1980.

Dalla sua entrata in vigore il testo statutario è stato oggetto di numerose modifiche, ciascuna di diversa portata – orientate secondo una logica di aumento progressivo della flessibilità con ricadute profonde sul licenziamento economico.

Nell'ordinamento spagnolo, diversamente dal sistema italiano in cui il referente normativo è costituito da una norma a “precetto generico” (art. 3, L. n. 604/66), il legislatore all'art. 52 ET tipizza rigidamente le causali giustificative di licenziamento per motivo oggettivo, al chiaro scopo di marginalizzare il ruolo dell'interprete e impedire che i contratti collettivi possano aggiungere altre ipotesi di licenziamento, dovendosi così limitare a concretizzare o dettagliare quelle già riconosciute dalla legge.

In base all'elencazione contenuta nella legge, le ragioni oggettive di licenziamento possono allora essere raggruppate in due differenti ordini: il primo, racchiude quelle ipotesi collegate ad una riduzione della capacità del lavoratore ivi inclusa la eccessiva morbilità (9); il secondo, quelle causali di stampo economico/funzionale connesse a particolari esigenze di funzionamento dell'impresa.

Si tratta, a ben vedere, di “cause” organizzative del tutto slegate da una condotta colpevole datoriale che, anche singolarmente, sono tali da rendere economicamente più gravoso il proseguimento della relazione lavorativa.

Il limite di indagine da parte del Giudice è stato poi notevolmente limitato dall'introduzione della Ley n. 32/2010, con ciò sono state precisate le situazioni e/o le circostanze idonee ad integrare le ragioni comprovanti l'estinzione dei rapporti di lavoro (10).

In particolare, con il citato intervento legislativo, se per la definizione delle cause tecniche, organizzative e produttive il legislatore si è limitato a “trascrivere” la descrizione tautologica delle stesse già consolidata in giurisprudenza, d'altra parte è stata introdotta una rilevante precisazione quantitativa con riferimento alla nozione di causa economica. Infatti, ricorre una ragione economica ogni qual volta dai dati dell'impresa si desuma una situazione economica negativa, consistente in perdite attuali o previste, o un calo persistente del

fatturato idoneo ad incidere sull'andamento dell'impresa o sulla capacità di mantenere il volume di impiego (11).

Spostandosi dal piano delle nozioni a quello applicativo-sanzionatorio, si ravvisa tuttavia una discontinuità con la disciplina interna atteso che, il legislatore spagnolo impone al datore di lavoro - una volta comunicato il licenziamento in forma scritta unitamente alle ragioni immodificabili (12) a fondamento dello stesso - la concessione in favore del lavoratore di un termine di preavviso non inferiore a 15 giorni da dedicare alla ricerca di una nuova occupazione senza alcuna decurtazione della retribuzione (13).

Contestualmente, il datore di lavoro ha l'obbligo di corrispondere (14) al dipendente licenziato un'*indemnización* pari a 20 giorni di retribuzione per ogni anno lavorato fino ad un massimo di 12 mensilità. Ne deriva che l'importo della compensazione risulta dunque modulato in relazione a due fattori: la durata del rapporto e la retribuzione del lavoratore percepita al momento del licenziamento, con una indennità limitata nel massimo a 12.

In caso di omissione o mancato rispetto di tale termine, il datore di lavoro dovrà erogare al lavoratore la retribuzione corrispondente al periodo di preavviso.

Tuttavia, l'aspetto più rilevante e caratteristico della disciplina spagnola è rappresentato dalla *ratio* sottesa all'istituto della "*indemnización*", così come dalla sua peculiare natura e dalle conseguenze che la legge ricollega al mancato pagamento dell'indennizzo stesso.

In primis si può ritenere che il fondamento di tale disciplina risieda nell'esigenza di bilanciare la libertà di impresa e il diritto alla stabilità del posto di lavoro (15).

Infatti, il legislatore spagnolo consente, da un lato, di "*liberare l'imprenditore dal pregiudizio che deriverebbe dal mantenimento del rapporto di lavoro a fronte di determinate necessità (di funzionamento) dell'impresa o inadempimenti non colpevoli del lavoratore, che non per questo cessano di essere dannosi*" dall'altro, garantisce al dipendente "incolpevole" che ha subito la decisione datoriale un indennizzo per la perdita (seppur legittima) del posto di lavoro.

Tanto premesso, l'interprete non deve essere indotto in errore in ordine alla qualificazione della somma in parola, posto che essa non si atteggia quale indennizzo *ex lege* transattivamente individuato a tacitazione delle rivendicazioni del lavoratore, posto che la accettazione della indennità non preclude affatto una successiva impugnazione del recesso datoriale da parte del lavoratore.

Piuttosto, è più corretto delineare l'indennizzo in esame quale condizione di procedibilità, la cui inosservanza investe profili di illegittimità ontologica del licenziamento (16).

Da ciò discende che il recesso oggettivo (individuale o collettivo), comporta sempre un costo per le imprese iberiche, anche ove correttamente intimato.

Al fine di circoscrivere il *quantum* del risarcimento all'interno di un limite temporale "certo", in considerazione della durata variabile del processo, la legislazione spagnola prevede, inoltre, un meccanismo che non trova equivalenti nel nostro ordinamento: nell'ipotesi in cui la sentenza venga emanata oltre il termine di 90 giorni dalla presentazione del ricorso, il datore di lavoro, per il periodo eccedente tale termine, potrà infatti richiedere i c.d. "*salarios de tramitación*" allo Stato, quest'ultimo tenuto per legge a corrisponderli.

Tale importante previsione, attraverso una vera e propria "*socialización de los costos del despido*" mira ad assicurare la prevedibilità dei costi del licenziamento (il datore di lavoro è consapevole di dover corrispondere le retribuzioni maturate

dall'espulsione del prestatore fino al termine di 90 giorni dalla presentazione della domanda giudiziaria) ed altresì ad alleggerire le imprese dall'integrale corresponsione dei *salarios de tramitación*, essendo lo Stato (*rectius* la collettività dei contribuenti) a farsi carico dell' (eventuale) eccessiva durata del processo (17).

Dall'analisi dell'evoluzione della disciplina in materia di licenziamento economico, si può intuire come il fine perseguito dal Legislatore spagnolo sia stato quello di configurare una dinamica di penetrazione dello Stato nelle scelte datoriali, attraverso un sistema di assistenza all'imprenditore in ipotesi di recesso ogni qualvolta la decisione sia assistita da motivazioni legittime e sia rispettosa della procedura posta a tutela del lavoratore nella fase esecutiva del provvedimento espulsivo stesso.

Un siffatto modello può essere compreso avuto riguardo al contesto storico-culturale entro cui è maturato.

In Spagna, la regolamentazione del recesso individuale per ragioni oggettive è relativamente recente: essa si deve al Real Decreto Ley 4 de marzo 1977, n. 17, il quale ha consentito al datore di lavoro di procedere, per la prima volta, all'estinzione del contratto anche a fronte di ragioni obiettive.

Più precisamente, il Legislatore, estendendo il potere espulsivo del datore di lavoro, ha così iniziato un percorso di "semplificazione" e di riduzione del costo del licenziamento individuale considerato nel suo complesso (18).

All'incirca tra la metà del XIX secolo e fino agli anni Settanta del Novecento, il pendolo della politica spagnola oscillava infatti tra restaurazione liberal-democratica bilanciata da un modello costituzionale puro che garantiva il ruolo centrale della monarchia, e regimi di tipo bonapartista e, più tardi, fascista, fondati sulla gerarchia militare o sul partito unico. Nel novembre del 1975 con la morte di Franco, e con la successione di Juan Carlos di Borbone si assistette ad una complessa azione politica che nel 1976 riportò in Spagna la democrazia. L'adesione all'Unione Europea, la forte accelerazione della modernizzazione civile ed economica, furono fattori determinanti nel maturare una rinnovata attenzione per l'ambito del lavoro e dei diritti dei lavoratori, i quali necessitavano di un rapido adeguamento volto a colmare le lacune di tutela che ancora si ravvisavano a quella data (19).

Secondo l'aforisma in auge in quegli anni: bisognava fare entrare la Costituzione nell'impresa e nel luogo di lavoro. Si trattava, quindi, di un tema di rilevanza nazionale che travalicava i confini del diritto del lavoro, per disegnare un modello istituzionale di relazioni sociali che interpretasse concretamente i valori costituzionali. In questo modo la Spagna ha perseguito una strada più breve e, forse, meno traumatica di quella interna in relazione al diritto del lavoro, attesa la stretta penetrazione che si avverte tra Statuto e Costituzione (20).

6. Note conclusive e considerazioni critiche. Uno sguardo al licenziamento per g.m.o. riflessioni su due approcci di politica legislativa.

Il licenziamento per giustificato oggettivo per causa economica rappresenta uno dei temi principali in ambito giuslavoristico, in quanto investe la società tutta ponendo a confronto le esigenze di crescita e sviluppo datoriali con l'interesse alla conservazione del posto del prestatore d'opera, configurando, inevitabilmente, in questo dialogo opposto una materia ad alta sensibilità sociale.

Esaminando gli interventi normativi del Legislatore italiano si può comprendere come, aderendo alla politica economico-

legislativa perseguita dall'UE e contraddistinta dall'innovazione tecnologica, dalla globalizzazione dei mercati e dalla supremazia del potere sociale dell'impresa, il fine perseguito sia stato quello di realizzare progressivamente un modello quanto più confacente alle esigenze aziendali entro il quale il lavoratore possa invocare una tutela solo nella misura in cui il recesso sia condizionato da vizi.

La disciplina prospettata dal Legislatore italiano assume quindi connotati, in un certo senso, "sanzionatori", ogni volta in cui il licenziamento risulti esser stato intimato in violazione dei parametri di legge.

Il modello spagnolo è invece profondamente divergente nei suoi principi ispiratori e nelle concrete modalità di applicazione.

Il sistema spagnolo, infatti, si può dire che ammetta la possibilità di licenziare anche solo per un esubero del personale, subordinando tuttavia in ogni caso il recesso ad un preliminare pagamento ("indennizzazion") in favore del dipendente a titolo di corrispettivo per il licenziamento.

L'indennizzo in esame si atteggia quale condizione di procedibilità per il recesso senza che – tuttavia – sia limitata la possibilità per il lavoratore di agire in giudizio per la tutela della propria posizione, fungendo altresì da strumento di compensazione per il dipendente, costretto ad affrontare incolpevolmente il sacrificio conseguente al provvedimento espulsivo datoriale.

Questo delicato ma efficace meccanismo si pone come limite e bilanciamento tra la libertà di impresa ed il diritto alla stabilità del posto di lavoro e, all'interno di questo correttivo – come si è detto – è prevista anche la possibilità che lo stesso Stato – *rectius*, la stessa collettività – si faccia carico dei relativi oneri, al ricorrere di determinati presupposti (21).

Spostandoci nuovamente sul fronte nazionale, invece, risulta evidente come, nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, le scelte imprenditoriali debbano essere unicamente improntate a rigidi valori di stampo capitalistico quali: l'efficienza, la razionalità, l'economicità, con ciò evidenziando una forte contraddizione con lo stesso art. 3, L. n. 604/66 con cui si è inteso principiari l'argomentazione del presente articolo.

Come si è dato conto nella presente trattazione, proprio in tal senso sembra essersi mosso il Legislatore italiano negli ultimi anni, attraverso un susseguirsi di interventi legislativi (2012 (Riforma Fornero), 2015 (JobsAct) e 2018 (Decreto "Dignità", di cui invero non può parlarsi in termini di riforma vera e propria ma di una "mera operazione di *maquillage*" sul sistema delineato dal D. Lgs. n. 23/2015) – i quali, seppur volti a soddisfare le crescenti esigenze di flessibilità del mercato del lavoro, hanno finito per piegare l'istituto in commento "alle logiche aritmetiche dell'analisi economica del diritto" (22) scegliendo non di intervenire sui presupposti causali del licenziamento, bensì unicamente sulla tipologia della tutela da accordare, determinando una sempre maggiore limitazione delle ipotesi di tutela reale.

Proprio a questa progressiva erosione della tutela in favore del lavoratore pare si possano ricondurre i due interventi correttivi operati recentemente dalla Corte Costituzionale (2021/2022) volti ad apportare un sistema di tutele più significativo nella direzione di conservazione del posto di lavoro i cui presupposti, tuttavia, prendono le mosse dall'impianto sanzionatorio – inquisitorio della "insussistenza del fatto" di chiara matrice penalistica.

Pertanto, se da un lato il sistema italiano appare demiurgicamente proteso nella direzione della flessibilità occupazionale,

occorre altresì considerare che, allo stato – come dimostrano i recenti interventi della Consulta – non è rinvenibile un dato normativo idoneo a supportare il giusto sistema di tutele per un liberismo economico così accentuato.

In altri termini, le riforme italiane, più che realizzare un bilanciamento e contemperamento degli interessi in gioco attraverso il coordinamento delle numerose disposizioni introdotte nel corso del tempo, hanno inevitabilmente condotto ad un impianto piuttosto disarticolato, connotato dalla preminente monetizzazione del provvedimento espulsivo – il quale, ancorché dichiarato illegittimo, è comunque idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro – determinando altresì una progressiva compressione dell'apprezzamento del giudice costringendolo entro l'angusto alveo di verifica della mera esistenza del presupposto oggettivo addotto.

Per converso, il modello spagnolo appare come binario, reciprocamente compensativo ed integrato tra le due parti protagoniste, poiché associa ad ogni recesso datoriale un corrispettivo indennitario, realizzando così *ex ante* un bilanciamento tra vantaggio datoriale e pregiudizio del lavoratore, offrendo altresì a quest'ultimo una tutela concreta, senza alcuna preclusione o limitazione dei diritti, configurando contestualmente un meccanismo indiretto che impone al datore di lavoro una attenta valutazione – anche sotto il profilo economico – di ogni recesso, soppesando anche in questi termini i costi ed i benefici derivanti dal licenziamento stesso.

Note.

(1) In questo senso A. Maresca *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento negli approdi nomofilattici della Cassazione*, Fasc. 3-2019 Massimario di Giurisprudenza del Lavoro.

(2) Strategia politica, sorta negli USA, che ha come fine quello di favorire contestualmente la flessibilità del mercato del lavoro e la sicurezza sociale, venendo incontro alle esigenze delle categorie più deboli dei lavoratori

(3) In questo caso la soglia di tutela prevista è di dodici mensilità. Occorre inoltre operare una duplice deduzione: non solo quanto il lavoratore abbia effettivamente percepito ma anche quanto egli avrebbe potuto percepire se si fosse dedicato con diligenza a cercare un nuovo impiego. Sempre compresi sono i contributi previdenziali che il prestatore avrebbe dovuto maturare per il periodo considerato, sino alla reintegrazione. Tale regime si applica in molti casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

(4) A. Perulli, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, Riv. It. Dir. Lav., 2015.

(5) Il Decreto Dignità d.lgs. 87/2018 ha aumentato le soglie. Quella minima a sei mesi e la massima a trentasei non assoggettato a contribuzione previdenziale

(6) Si può dire, tuttavia, che il Legislatore fosse al corrente della situazione e che l'abbia valutata opportunamente ritenendola legittima sulla scorta della pronuncia della Corte Costituzionale nr. 276/2005 con cui era stato precisato che "non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche".

(7) Il riferimento è alla sentenza dello stesso anno C 652/2019 del 17.03.2021 emessa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in ordine alla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Milano il 5.08.2019 in ordine alla compatibilità con il diritto comunitario tra la distinzione tra vecchi e nuovi assunti in relazione alle tutele previste dal Jobs Act in punto di licenziamenti illegittimi.

(8) In questo senso Zambelli Angelo e Di Gennaro Vincenzo, *Guida al Lavoro* / Il Sole 24 ore n. 18-23/04/202.

(9) La eccessiva morbilità è espressamente prevista quale causa di recesso per g.m.o. in tal senso, tuttavia, per circoscrivere la discrezionalità del

giudice è la legge a positivizzare i valori-soglia al superamento dei quali il datore di lavoro può comminare il licenziamento (20% delle giornate lavorative in due mesi consecutivi purché il totale nei dodici mesi antecedenti raggiunga il 5% dei giorni di lavoro o il 25% in quattro mesi discontinui nel periodo di dodici mesi cfr. art. 52 lett. d).

(10) L. Martín Rivera, *Despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008, 247.

(11) Inoltre, con la Leyn. 3/2012, si è precisato che la diminuzione del fatturato si considera persistente se per tre trimestri consecutivi il livello di entrate ordinarie o di vendite di ogni trimestre sia inferiore a quello registrato nello stesso periodo di riferimento (trimestre) dell'anno anteriore. Occorre, tuttavia, evidenziare che il RDL n. 3/2012, nella versione antecedente alla sua conversione, non contemplava simile parametro. Tale "presunzione di sussistenza della causa economica" sembrerebbe in controtendenza rispetto all'orientamento giurisprudenziale pre-riforma, in base al quale simile causale doveva essere ricondotta al sopravvenire di una situazione negativa che fosse "objectiva, real, suficiente y actual" o che consistesse in perdite ingenti, durature e permanenti, non invece previste, future o semplicemente continuate nel tempo. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *La Reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto Ley 10/2010*, in *Relaciones Laborales*, 2010, 17.

(12) L'art. 105.1, Ley de Procedimiento Laboral (in seguito, LPL) prevede espressamente che il datore di lavoro "non potrà opporre in giudizio fatti diversi da quelli contenuti nella comunicazione scritta di licenziamento.

(13) La fruizione del permesso non implica che il lavoratore abbia accettato, neppure implicitamente, la decisione espulsiva del datore, per cui resta salvo il diritto ad impugnare il licenziamento (v. art. 121. 1, LPL).

(14) «poner a disposición», «mettere a disposizione».

(15) Diritti costituzionalmente tutelati ex artt. 35 e 38 cost. spagnola.

(16) Per quanto attiene infatti gli effetti scaturenti dalla sua mancata corresponsione, la legge spagnola sancisce che il licenziamento si considera "improcedente" (illegittimo in punto di emissione stessa del provvedimento)

assimilando la fattispecie a quella di omessa comunicazione in forma scritta dell'atto di recesso.

Al fine di evitare un aggravio economico eccessivo per le piccole e medie imprese, i datori di lavoro che impiegano meno di 25 dipendenti possono richiedere al Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), il rimborso di una parte dell'indennizzo corrisposto (8 giorni di retribuzione per anno di servizio per ciascun lavoratore licenziato) a titolo di *indemnización* connessa al licenziamento per ragioni oggettive legittimo (art. 33 ET). Simile agevolazione, però, è condizionata alla legittimità del provvedimento espulsivo con la conseguenza che se il recesso viene impugnato e successivamente dichiarato improcedibile ("improcedente"), resta a carico del datore di lavoro l'intero importo indennitario con diritto di rivalsa/ripetizione in favore del Fondo. A. Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, cit., 486.

(17) Tale ragione, simile limitazione opera unicamente nei casi di *improcedencia* e non nelle più gravi ipotesi di licenziamento nullo, poiché sarebbe irragionevole gravare la collettività dei costi di un atto lesivo dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti.

(18) Politica economica e patti sociali in Spagna durante la transizione Victor Perez Diaz.

(19) In questo senso "Lavoro, la Spagna post-franchista si ispirò all'Italia", Meroni Gian Carlo, 17.07.2016.

(20) La conferma si rinviene nella dell'art. 35 della Costituzione spagnola che prevede "Tutti gli spagnoli hanno il dovere di lavorare e il diritto al lavoro, alla libera scelta di professione e ufficio, alla promozione attraverso il lavoro e a una remunerazione sufficiente per soddisfare le necessità loro e della loro famiglia, senza che in nessun caso possa farsi discriminazione per ragioni di sesso. La legge regolerà uno statuto dei lavoratori". La peculiarità di questo schema è quindi la previsione costituzionale della esistenza dello "Statuto dei Lavoratori".

(21) Cfr. pag. 7 della presente trattazione.

(22) In questi termini, S. Brun. *Il licenziamento economico*, cit., 127.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

T.A.R. Liguria, sez. I, 22 novembre 2022, n. 57 - Pres. Caruso - Est. Felletti - Complesso Turistico Balneare (Avv.ti Mozzati e Rossi) c. Comune di Genova (Avv.ti De Paolo, Chiesa e Rossi); e nei cfr. di MEF e Agenzia del Demanio (Avvocatura dello Stato) e Regione Liguria (non costituita).

CONCESSIONI demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo - provvedimento amministrativo di revoca - impugnazione della deliberazione per asserita incompatibilità con la l. 30 dicembre 2018, n. 145 - sopravvenuta abrogazione della l. 30 dicembre 2018, n. 145 - improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse.

(Art. 35 c.p.a.; deliberazione della giunta comunale del Comune di Genova n. 18 del 4.2.2021; legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, commi da 675 a 683; legge 5 agosto 2022, n. 118, art. 3, comma 1; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9.11.2021, nn. 17 e 18; Cons. di Stato, VI, 2.8.2021, n. 5705; id., VI, 8 aprile 2020, n. 2325; id., III, 13.7.2011, n. 4229)

CONCESSIONI demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo - Legge-provvedimento che dispone in concreto su casi e rapporti specifici - intervenuta legificazione del provvedimento amministrativo di revoca - improcedibilità del ricorso proposto contro il provvedimento amministrativo.

(Art. 35 c.p.a.; deliberazione della giunta comunale del Comune di Genova n. 18 del 4.2.2021; legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, commi da 675 a 683; legge 5 agosto 2022, n. 118, art. 3, comma 1)

CONCESSIONI demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo - provvedimento amministrativo di revoca - sopravvenuta legificazione da parte di legge-provvedimento - improcedibilità del ricorso amministrativo - residua tutela costituzionale in via incidentale in sede di impugnazione degli eventuali atti esecutivi della legge provvedimento.

(Art. 35 c.p.a.; deliberazione della giunta comunale del Comune di Genova n. 18 del 4.2.2021; legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, commi da 675 a 683; legge 5 agosto 2022, n. 118, art. 3, comma 1; Cons. di St., IV, 9.3.2012, n. 1349)

CONCESSIONI demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo - improcedibilità del ricorso contro il provvedimento amministrativo di revoca per sopravvenuta carenza d'interesse - pendenza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia concernente la Direttiva Bolkestein - irrilevanza del suo esito ai fini della sopravvivenza dell'interesse al ricorso.

(Art. 267 TFUE; T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743, direttiva Bolkestein 12.12.2006, n. 2006/123/CE; legge n. 145/2018)

Va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse il ricorso avverso la deliberazione amministrativa (nella specie delib. Comune Genova di revoca di concessioni demaniali marit-

time) assunta in contrasto con una legge (n. 145 del 2018) successivamente abrogata (dalla l. n. 118 del 2022). (1)

Va dichiarato improcedibile per sopravvenienza di una legge-provvedimento che legifica l'originario atto amministrativo impugnato in quanto il sindacato del giudice amministrativo trova un limite insormontabile nell'intervenuta legificazione del provvedimento. (2)

A seguito dell'improcedibilità del ricorso amministrativo determinato dalla sua sopravvenuta legificazione, resta aperta la tutela sul piano della giustizia costituzionale condizionata all'impugnazione degli eventuali atti esecutivi della legge provvedimento. (3)

A fini della sopravvivenza dell'interesse al ricorso, non rileva la pendenza innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea del rinvio pregiudiziale concernente la direttiva Bolkestein poiché qualsivoglia suo esito non potrebbe incidere sulla sopravvenuta legislazione italiana e sui conseguenti provvedimenti. (4)

(1-4) Concessioni balneari: improcedibilità dei ricorsi davanti al Tar Liguria per eclissi del parametro o per apparizione dell'inidoneità dell'oggetto?

La sentenza qui massimata costituisce solo un campione di un nutrito fascio di sentenze del Tar Liguria decise e pubblicate nelle medesime date (rispettivamente: 22 novembre 2022 e 3 gennaio 2023 (1), con cui sembra opportuno iniziare la rassegna di quest'anno, benché, in punto di merito, il tema riguardato abbia già trovato collocazione nella Rivista (2).

La serie di sentenze fotocopia sembra, infatti, aver messo un punto fermo, sotto il profilo giurisdizionale, sulla *vexata quaestio* delle concessioni balneari. Non si ha, del resto, nel momento in cui si scrive, ancora notizia di corrispondenti, ma del tutto improbabili appelli ai giudici di Palazzo Spada (3), né consta lo sviluppo di specifiche difese in primo grado benché il giudice amministrativo abbia dato atto di aver correttamente operato ex art. 73 c.p.a. nel preannunciare alle parti l'improcedibilità di tutti i ricorsi per sopravvenuta carenza di interesse. Ancora in alto mare (sic!) resta, invece, una prospettiva di ordine politico-legislativo capace di mettere in equilibrio le obbligazioni eurounitarie dello Stato italiano e determinati interessi economici di categoria (4), senza aprire rischiosi scenari conflittuali con le Istituzioni dell'Unione europea (5). Emarginando qui, tuttavia, i problemi politici di merito, sembra preferibile portare ora rapidamente sulle argomentazioni in diritto della pronuncia del Tar che, per quanto sintetica, offre spunti di riflessione di un certo rilievo (6).

Ci si riferisce principalmente alla ridetta questione della sopravvenuta carenza di interesse a coltivare i ricorsi che il giudice amministrativo ligure sembra, in un primo momento, radicare sull'abrogazione del parametro invocato per invalidare l'atto amministrativo impugnato. Si ricordi, infatti, che il motivo centrale dei ricorsi era costituito dall'allegata incompatibilità delle revoche da parte di determinati comuni delle concessioni balneari con la 30 dicembre 2018, n. 145, che aveva disposto, al suo art. 1, commi da 675 a 683, la proroga delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo al 31 dicembre 2033. Abrogata, però, quest'ultima da parte dell'art. 3, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118, che ha stabilito il nuovo termine finale di durata delle concessioni in essere al 31

dicembre 2023, i ricorsi sono rimasti privi del riferimento normativo invocato dalle parti per contestare la necessità di rinnovi delle concessioni in luogo di semplici e automatiche proroghe. Il venir meno della circostanza di diritto su cui si fondavano i ricorsi ne ha determinato, dunque, l'improcedibilità: del resto, anche a voler ritenere fondati al momento della loro proposizione i ricorsi, un loro esito positivo non avrebbe giovato ai ricorrenti, sia a causa dell'intervento di una nuova regolamentazione, sia perché, comunque, tale regolamentazione, riguardando situazioni future, ha lasciato intangibili le concessioni in scadenza.

Fino qui il ragionamento del Tar sembra sotto ogni profilo ineccepibile, senonché (e siamo al secondo passaggio) il Tar ha avvertito la necessità di introdurre un secondo (sia pur in qualche modo connesso) motivo di improcedibilità.

Sulla base di un'interpretazione letterale delle argomentazioni del giudice ligure, infatti, sarebbe stata operata da parte della legge provvedimento del 2022 una legificazione del provvedimento impugnato, riteniamo in senso metaforico, come riferita, cioè, non all'impugnato provvedimento amministrativo di revoca (che atto amministrativo era ed atto amministrativo resta), sibbene al suo contenuto (sarebbe, infatti, difficile sostenere nel quadro del nostro attuale sistema delle fonti che l'atto amministrativo di revoca trovando una nuova base legale nella nuova disciplina legislativa ne sia stato anche legificato), avendo la nuova disciplina legislativa del 2022 sostanzialmente fatto proprio il precetto dell'impossibilità di proroga delle concessioni oltre la data del 31 dicembre 2023 e della necessità, invece, di rinnovo a mezzo di nuovi bandi generalizzati.

Del resto, che la legificazione (sia pure implicita od indiretta) a cui il Tar fa riferimento sia quella coincidente con il contenuto della legge del 2022 è chiarito dall'indicazione che lo stesso Tar ha ritenuto di fare (troppa grazia?) della stessa legge come possibile oggetto da sottoporre alla Corte costituzionale dalla parte lesa (sic!), attraverso il filtro di un processo amministrativo in cui siano impugnati eventuali provvedimenti applicativi, pur della nuova legge.

Se le cose stanno in questo modo, non si comprende però allora perché il Tar resti saldo sulla categoria dell'improcedibilità quando la sua carenza di giurisdizione nei confronti di una legge avrebbe dovuto portare forse più propriamente ad un'innammissibilità (sopravvenuta), restando, inoltre, da chiarire del tutto sia perché il Tar abbia voluto confrontarsi indirettamente col problema della legittimità di una disciplina (quella nuova) che nessuno dei ricorsi sembra aver messo in campo.

Un cenno, infine, al rigetto dei motivi, in quanto reputati privi di rilievo, fondati sulla supposta litispendenza, rispetto ai ricorsi, del rinvio pregiudiziale contro la Bolkenstein (7), sul presupposto, secondo il Tar, che, quale che sia la decisione eventualmente adottata dalla Corte di Strasburgo, la stessa non potrebbe incidere sulla sopravvenuta legislazione italiana e sui conseguenti e vincolanti provvedimenti ad essa consequenziali. Forse sarebbe stato più opportuno mettere radi-

calmente in dubbio l'esistenza stessa di una vera e propria litispendenza tra i processi amministrativi nati il Tar Liguria e un procedimento davanti alla Corte di giustizia suscitato da un rinvio pregiudiziale di interpretazione, quantomeno per il difetto di identità delle parti processuali.

Prof. Avv. Pasquale Costanzo

Note.

(1) A parte la sentenza, forse capostipite, almeno per pubblicazione (2 gennaio 2023), n. 291.

(2) Da ultimo, in questa *Rivista* 2022/3, 52.

(3) Si ricordino le sentenze del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9.11.2021, nn. 17 e 18, per cui, tra l'altro, "l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produce come effetto, anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna": sui principi di diritto formulati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nelle sentt. nn. 17 e 18 del 2021 in tema di proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, v. riferimenti in questa *Rivista*, 2022/1, 54.

(4) Non - si badi - degli enti territoriali rivieraschi che, salvo rare eccezioni, tra cui la stessa Regione, hanno ritenuto di difendere in giudizio il loro operato in quanto ritenuto coerente ed anzi imposto dalla legislazione primaria.

(5) Cfr. V. Valentini, *A chi gli ombrelloni? A noi! Meloni cede al ricatto di Lega e FI sui balneari, pur sapendo di complicare la strada del Pnrr*, in *Il Foglio* del 10 febbraio 2023.

(6) Come dovrebbe evincersi dalle massime che corredano la sentenza.

(7) Rinvio provocato, nell'ambito di un contenzioso instaurato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro il Comune di Ginosa, da T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, con ordinanza 11 maggio 2022, n. 743, tesa, tra l'altro, ad accertare l'effettiva natura autoapplicativa della direttiva in questione (in senso adesivo all'ordinanza, v. R. Dipace, *Concessioni "balneari" e la persistente necessità della pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Giustizia Insieme* (www.giustiziainsieme.it), 14 ottobre 2022; per un atteggiamento critico nei confronti del valore self-executing della direttiva servizi, v., in precedenza, del medesimo Tar, la sent. 27 novembre 2020, n. 1321, su cui, in senso perplesso, v. M. Palligiano, *Concessioni balneari: il contrasto tra diritto interno e la Direttiva Bolkestein alla luce della "innovativa" sentenza T.A.R. Puglia, Lecce, 27 novembre 2020, n. 1321*, in *Ius in itinere* (www.iusinitinere.it) 31 dicembre 2020. Sugli effetti diretti della Bolkenstein, v., invece, M. Manfredi, *L'efficacia diretta della "direttiva servizi" e la sua attuazione da parte della pubblica amministrazione italiana: il caso delle concessioni balneari*, in *JUS*, n. 1, 2021, 63 ss. D'altro canto, sembra francamente improbabile concepire comunque la plausibilità, a fonte dell'art. 49 TFUE, di una normativa nazionale che consenta (ancora) "una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo" (Corte di giustizia 14 luglio 2016, cause riunite C 458/14 e C 67/15, *Promoimpresa Srl et al.*).

Massimario

TAR Liguria, sez. I, 2 dicembre 2022, n. 71 - Pres. Caruso - Est. Basilico; X (Avv. Genovesi) c. Ministero dell'Interno - Prefettura di Genova UTG (Avvocatura dello Stato).

Agente di pubblica sicurezza - condanna a pena detentiva per delitto non colposo - revoca prefettizia della qualifica - passaggio in giudicato della condanna - necessità.

(Art. 27 Costituzione; art. 6, comma 2, Convenzione EDU; art. 48, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; l'art. 5, comma. 2, legge 17 marzo 1986, n. 65, Legge-quadro sull'ordinamento della polizia municipale)

Nel caso di condanna a pena detentiva per delitto non colposo, la valutazione del giudice penale è assorbente e dimostra in maniera determinante l'assenza dei requisiti di affidabilità richiesti per la qualifica di agente di pubblica sicurezza laddove abbia raggiunto il massimo grado di approfondimento previsto dal sistema penale, ossia solo quando, per l'esaurimento dei mezzi di gravame, sia divenuta definitiva.

L.T.

TAR Liguria, sez. I, 11 gennaio 2023, n. 72 - Pres. Caruso - Est. Goso - X (Avv. Biga) c. Provincia della Spezia (Avv. Piciocchi e Allegri) e nei cfr. dei candidati delle liste Y ammessi alla consultazione elettorale del 17 gennaio 2023 (non costituiti in giudizio).

ELEZIONI provinciali - provvedimento in autotutela di esclusione di una lista - violazione di termine perentorio - illegittimità.

(Art. 20, delibera del Commissario straordinario della Provincia della Spezia 1 settembre 2014, n. 55, Manuale operativo per l'organizzazione della procedura elettorale per la elezione del Presidente della Provincia e del Consiglio provinciale della Spezia; artt. 3 e 18, legge 7 agosto 1990, n. 241; punto n. 7, circolare Ministero dell'interno n. 32/14; art. 1, legge 7 aprile 2014, n. 56)

Va annullato il provvedimento assunto in autotutela di esclusione della lista X dalle elezioni per il rinnovo del Consiglio provinciale della Spezia del 17 gennaio 2023 in quanto assunto in violazione del termine perentorio di 15 giorni fissato dal Manuale operativo per l'organizzazione della procedura elettorale per la elezione del Presidente della Provincia e del Consiglio provinciale della Spezia e dalle Linee guida per lo svolgimento del procedimento elettorale dettate dal Ministro dell'interno con la circolare n. 32 del 2014.

L.T.

TAR Liguria, sez. II, 11 gennaio 2023, n. 174 - Pres. Morbelli - Est. Goso - X (Avv. Massaro) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato).

LAVORATORI extracomunitari - mancato nulla osta all'assunzione - motivazione per relationem - insufficienza - illegittimità.

(Artt. 3 e 10-bis, legge 7 agosto 1990, n. 241)

Va annullato il provvedimento di diniego del nulla osta all'assunzione di lavoratore extracomunitario motivato per relationem in quanto non può ritenersi sufficiente la motivazione laddove l'atto sia stato richiamato genericamente, senza indicarne gli estremi o trascriverne il contenuto.

L.T.

TAR Liguria, sez. I, 10 febbraio 2023, n. 238 - Pres. Caruso - Est. Felletti - R. (Avv. Rusca) c. Provincia di Imperia (Avv. Crocetta).

PROPRIETÀ privata - occupazione da parte dell'amministrazione - condotta illecita - acquisto del diritto dominicale da parte dell'amministrazione - insussistenza.

(Art. 1, Protocollo n. 1 CEDU; art. 2043 c.c.)

PROPRIETÀ privata - illecita occupazione da parte dell'amministrazione - richiesta giudiziale di risarcimento del danno - rinuncia abdicativa del proprietario - inconfigurabilità.

(Cons. St., ad. plen., 20 gennaio 2020, nn. 2, 3 e 4)

PROPRIETÀ privata - illecita occupazione da parte dell'amministrazione - azione del proprietario per la restituzione del terreno illegittimamente occupato e/o per il risarcimento del danno per equivalente - conversione delle domande proposte nell'istanza di assegnazione all'amministrazione di un termine per porre fine all'illecito.

(Cons. St. Adunanza plenaria, 20 gennaio 2020; n. 2 e 3; Cons. St., sez. IV, 17 marzo 2022, n. 1940; Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2021, n. 8628; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 12 maggio 2022, n. 5915)

PROPRIETÀ privata - occupazione in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità - acquisizione coattiva sanante - sospensione di fatto del procedimento - illegittimità - obbligo di porre termine all'illecito permanente.

(Art. 42-bis, d.p.r. n. 327/2001; Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2021, n. 8628)

La condotta illecita dell'amministrazione incidente sul diritto di proprietà, quale che sia la sua forma di manifestazione (vie di fatto, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva) non può comportare l'acquisto del diritto dominicale o di altro diritto reale sul fondo e configura un illecito permanente ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Non si configura una rinuncia abdicativa del proprietario quale atto implicito nella sua richiesta giudiziale di risarcimento del danno a fronte dell'irreversibile trasformazione del fondo illegittimamente occupato dall'amministrazione.

Il giudice non può imporre all'ente pubblico l'adozione del provvedimento di acquisizione sanante, né la restituzione dell'immobile illegittimamente occupato, occorrendo invece convertire le domande proposte nell'istanza di assegnazione all'amministrazione di un termine per porre comunque fine all'illecito.

In assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità della proprietà privata e nell'ingiustificata sospensione del procedimento di acquisizione coattiva sanante, sussiste l'obbligo dell'amministrazione di porre comunque termine alla situazione di illecito permanente determinato dall'illegittima occupazione della proprietà privata.

L.C.

TAR Liguria, sez. II, 3 novembre 2022, n. 65 - Pres. Morbelli - Est. Lanzafame - B. e A. (Avv.ti Giacchero e Schiaffino) c. Comune di Albenga (non costituito).

URBANISTICA ed edilizia - Disposizioni sulle distanze tra fabbricati - tutela dell'assetto urbanistico - carattere assoluto ed inderogabile.

(Art. 873, c.c.; art. 6, lett. f), Norme Tecniche Attuative del Piano Regolatore Generale del Comune di Albenga approvate con decreto del Presidente della Giunta Regionale 4 settembre 2002. n. 136)

URBANISTICA ed edilizia - Disposizioni sulle distanze tra fabbricati - convenzioni derogatorie tra privati - invalidità.

(Art. 873, c.c.; art. 6, lett. f), Norme Tecniche Attuative del Piano Regolatore Generale del Comune di Albenga approvate con decreto del Presidente della Giunta Regionale 4 settembre 2002. n. 136; Consiglio di Stato, IV, 16 giugno 2017, n. 2956 e 23 dicembre 2022, n. 11280; art. 9 del decreto interministeriale 2 aprile 1968, n. 1444)

URBANISTICA ed edilizia - provvedimento amministrativo vincolato - difetto di motivazione - invalidità - insussistenza.

(Artt. 3 e 21-*octies*, l. n. 241/1990; art. 36, d.p.r. 6 giugno 2010, n. 380, Tar Firenze, sez. III, 1° aprile 2019, n. 470; Tar Milano, sez. II, 18 ottobre 2021, n. 2267).

Rivestono carattere assoluto ed inderogabile le disposizioni sulle distanze tra fabbricati in quanto non mirano soltanto ad evitare intercapedini dannose o pericolose, ma anche a tutelare l'assetto urbanistico di una determinata zona e la densità degli edifici.

Sono invalide le convenzioni tra privati tendenti a derogare alle disposizioni sulle distanze tra fabbricati.

Non inficia la validità degli atti amministrativi vincolati il loro eventuale difetto di motivazione.

L.C.

Documenti

Un Kelsen di sana e robusta costituzione.

Guido Alpa

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

Tanto è stata celebrata e anche criticata la Costituzione di Weimar del 1919, quanto poco conosciuta, al di là del raggio degli specialisti, la Costituzione austriaca del 1920. I due modelli non potrebbero essere più diversi, nonostante fossero coevi, emergenti dalla frantumazione dell'Impero germanico l'uno, e dell'Impero austro-ungarico l'altro, e alle prese entrambi con il consolidamento di ordinamenti repubblicani e democratici, con l'emergere delle idee socialiste, della reazione alle sanzioni delle potenze vincitrici, con la teorizzazione del libero mercato e l'incupirsi dei conflitti sociali. Berlino e Vienna erano capitali della modernità, parimenti brillanti, anticonvenzionali, innovatrici.

È interessante osservare – e questo brillantissimo saggio di Agostino Carrino lo mette in luce – che la cultura giuridica dei due Paesi era abbastanza uniforme: nella seconda metà dell'Ottocento si era diffusa quasi in tutta Europa, con una circolarità sorprendente, la cultura dogmatica e razionalista della Pandettistica, che trovava nel diritto romano, nelle sue categorie e nei suoi principi, una solida architettura logica. Il diritto pubblico – nelle sue branche del diritto costituzionale, volto a disciplinare la distribuzione del potere e dei diritti dei cittadini nell'ambito dello "Stato", e del diritto amministrativo, volto a disciplinare i rapporti tra il cittadino e la pubblica Amministrazione – era stato completamente rifondato. Ma la Costituzione di Weimar introduce per la prima volta una costituzione "economica" all'interno della legge fondamentale, con la configurazione di uno Stato sociale embrionale, mentre la Costituzione austriaca tende ad una concezione più formale del diritto, introducendo per la prima volta un organo di controllo di conformità delle leggi al dettato costituzionale, ottenuto mediante la istituzione di una "corte costituzionale". Carrino ricostruisce l'ambiente sociale e culturale di fine Ottocento e dei primi anni del Novecento in un Impero – l'Austria felix – che riusciva a tenere insieme, con tollerabile bilanciamento, le tante nazioni di cui si componeva, da quelle più occidentali (Cisleitania) a quelle che confinavano con i popoli slavi (Galizia), a quelle meridionali, che comprendevano anche le terre "irridente" italiane.

Pone in risalto lo straordinario apporto della cultura ebraica, moderna ed innovatrice, geniale e sperimentatrice in tutte le arti e le scienze. Così ansiosa di assimilazione e di affermazione da allontanarsi dalle sue origini, dall'assumere forti connotati laici, e dal contrapporsi alla tradizione dello *shtetl*, al punto di diventare quasi antisemita.

In questo contesto già dal 1867 si instaura un indirizzo costituzionale che attribuisce alla Corte Suprema poteri di controllo di legittimità delle leggi. L'Imperatore Francesco Giuseppe a malincuore aveva ceduto alla introduzione di alcune leggi fondamentali che avrebbero reso l'Austria uno Stato di diritto a tutti gli effetti. I giudici ordinari della Corte di Cassazione già fungevano da controllori della costituzionalità delle leggi.

Non è dunque Hans Kelsen – coautore della nuova costituzione – ad avere inventato il controllo costituzionale e la corte costituzionale.

Giuristi come Bernatzik e Renner, prima di lui, lo avevano ampiamente tratteggiato, descrivendo il sistema già in atto nell'Impero. Kelsen tuttavia apporta certamente un prezioso contributo alla redazione del testo della nuova costituzione repubblicana, assume le funzioni di giudice costituzionale dal 1920 al 1929 e poi, essendosi modificato il clima politico, sceglie di abbandonare la carica e si trasferisce a Colonia, dove coltiverà i suoi studi e il suo insegnamento, destinati, a causa delle leggi razziali, a concludersi negli Stati Uniti. Qui diventerà uno dei giuristi più importanti del Novecento, riformulerà la sua "dottrina pura del diritto" e verso la fine della sua lunga vita farà alcune concessioni al diritto naturale e alla sociologia del diritto.

Le origini della Costituzione austriaca sono indagate da Carrino nel contesto del pensiero kelseniano, di cui è uno dei più autorevoli studiosi: il libro spiega le origini e i fondamenti della dottrina pura del diritto, della rilevanza del diritto positivo e della forma, che ne costituiscono i fattori essenziali, e si diffonde sul ruolo e sul potere dei giudici costituzionali. Un ruolo certamente politico, che pone il problema del suo bilanciamento con gli altri poteri in una democrazia moderna, che vorrebbe commettere al popolo, e quindi ad organi elettivi, l'intero controllo dell'esercizio del potere, senza mediazioni. Il libro spiega come si configuri in quel momento storico il potere dei giudici, e lo illustra anche mediante la traduzione di due saggi che concludono l'opera, uno di Renner sulla nazione come idea politica e l'altro di Merkl sulla contrapposizione tra diritto legale e diritto dei giudici.

Sezione di diritto tributario

Massimario

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 16 novembre 2022, n. 862 - Pres. e Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO - società a ristretta base - soci - conti correnti personali - indagini - riferibilità alla società - condizione - elementi indiziari - necessità.

ACCERTAMENTO - notificazione - servizio postale - ir-reperibilità relativa - raccomandata informativa - CAD - avviso di ricevimento - produzione - necessità.

In tema di accertamento delle imposte sul reddito, le indagini bancarie nei confronti di una società a responsabilità limitata possono essere estese ai conti correnti dei soci della stessa soltanto se sussistono elementi indiziari che inducano a ritenere che gli stessi siano stati utilizzati per occultare operazioni fiscalmente rilevanti (Cass. 18/12/2019, n. n. 33596) o, comunque, che le movimentazioni sui conti correnti personali dei soci siano riconducibili alla società (nella specie, la CGT ha escluso che le movimentazioni sul conto corrente del socio di minoranza di una srl fossero riconducibili a ricavi in nero della società, trattandosi di persona affetta da ludopatia che, per tale ragione, aveva distratto incassi destinati alla società dirottandoli sul proprio conto personale, tanto che la stessa Guardia di Finanza lo aveva denunciato per appropriazione indebita).

In tema di notifica di un atto impositivo ovvero processuale tramite il servizio postale secondo le previsioni della legge n. 890 del 1982, qualora l'atto notificando non venga consegnato al destinatario per rifiuto a riceverlo ovvero per temporanea assenza del destinatario stesso ovvero per assenza/inidoneità di altre persone a riceverlo, la prova del perfezionamento della procedura notificatoria può essere data dal notificante esclusivamente mediante la produzione giudiziale dell'avviso di ricevimento della raccomandata che comunica l'avvenuto deposito dell'atto notificando presso l'ufficio postale (cd. CAD), non essendo a tal fine sufficiente la prova dell'avvenuta spedizione della raccomandata medesima". Ne consegue che qualora non venga prodotto in giudizio "l'avviso di ricevimento della raccomandata che comunica l'avvenuto deposito dell'atto notificando presso l'ufficio postale cd CAD", la notifica processuale dell'atto dibattuto dovrà ritenersi nulla.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 18 novembre 2022, n. 866 - Pres. Cardino - Rel. Assandri.

ACCERTAMENTO - IRES - agevolazione - Tremonti ambientale - adempimenti formali - omissione - possibilità di porvi rimedio - dichiarazione integrativa - ammissibilità.

L'agevolazione prevista dalla "Tremonti Ambiente" spetta anche nel caso in cui i relativi adempimenti formali (quali, nella specie, la rappresentazione in bilancio dell'investimento agevolabile effettuato) siano effettuati tardivamente, presentando apposita dichiarazione integrativa indipendentemente dalla predisposizione di apposita perizia giurata (nella specie, l'agevolazione è stata ritenuta spettante anche in forza del "giudicato esterno" favorevole alla contribuente intervenuto per altra annualità).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 18 novembre 2022, n. 881 - Pres. Cardino - Rel. Fanucci.

ACCERTAMENTO - operazione straordinaria - cessione di ramo di azienda - dichiarazione - credito IVA del cedente - utilizzazione in compensazione da parte del cessionario - illegittimità.

In caso di cessione di ramo di azienda, il cessionario non può utilizzare in compensazione un credito IVA del cedente. Ed infatti, in base all'art. 17, d.lgs. n. 241/97, la dichiarazione a cui fare riferimento per verificare l'emersione del credito e consentire la conseguente utilizzabilità in compensazione, non può essere che quella del soggetto utilizzatore (nella specie, del cessionario), non potendosi ammettere la compensabilità dell'imposta a debito con il credito risultante solo dalla dichiarazione di un altro soggetto (nella specie, il cedente), sia pure a seguito di un'operazione straordinaria.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 29 novembre 2022, n. 901 - Pres. Venturini - Rel. Goso.

ACCERTAMENTO - notificazione - società - sede legale - impossibilità - notifica - eseguita nei confronti del legale rappresentante - legittimità - condizione - residenza - stesso comune di domicilio fiscale della società.

Nel caso in cui sia impossibile eseguire la notifica dell'avviso di accertamento presso la sede della società contribuente, questa può essere effettuata mediante consegna dell'atto, con le modalità di cui agli art. 138, 139 e 141 c.p.c., alla persona fisica che rappresenta la società - anziché con le formalità previste in caso di ir-reperibilità dall'art. 140 del codice di rito - solo se essa risieda nel comune di domicilio fiscale della contribuente.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 29 novembre 2022, n. 905 - Pres. Varalli - Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO - modalità - analitico induttivo - indagini bancarie - maggiori ricavi - riconoscimento forfettario di costi - ammissibilità - esclusione.

ACCERTAMENTO - accertamenti bancari - contribuente - prova contraria - onere - generiche affermazioni - esclusione - giustificazione di ciascuna movimentazione - necessità.

In tema di imposte sui redditi, l'Amministrazione finanziaria deve riconoscere una deduzione in misura percentuale forfettaria dei costi di produzione soltanto in caso di accertamento induttivo "puro" (D.P.R. n. 600 del 1973, ex art. 39, comma 2), mentre in caso di accertamento analitico o analitico presuntivo (come in caso di indagini bancarie) è il contribuente ad avere l'onere di provare l'esistenza di costi deducibili, afferenti a maggiori ricavi o compensi, senza che l'Ufficio possa, o debba, procedere al loro riconoscimento forfettari.

In tema di accertamenti bancari, l'art. 32 del Dpr n. 600/1973 pone una presunzione legale semplice che spetta al contribuente superare con una adeguata prova contraria, che può anche essere affidata a presunzioni. Tale onere probatorio, tuttavia, non può ritenersi fondato solo sulla probabilità che i versamenti non giustificati siano ricompresi nel volume d'affari dichiarato essendo invece necessario che il contribuente fornisca la prova analitica

della riferibilità di ogni singola movimentazione alle operazioni già evidenziate nelle dichiarazioni ovvero dell'estraneità delle stesse alla sua attività, con conseguente non rilevanza fiscale (nella specie, il Collegio ha ritenuto insufficiente, ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova, la riferita circostanza che i clienti del contribuente accertato fossero soliti pagare in contanti e che tra i ricavi contabilizzati e i versamenti contestati potesse sussistere una generica corrispondenza senza che fosse stato svolto alcun analitico esame delle movimentazioni contestate).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 30 dicembre 2022, n. 958 - Pres. Bolognesi - Rel. Assandri.

ACCERTAMENTO - accertamento catastale - denuncia di variazione del contribuente - rettifica - sopralluogo - necessità - esclusione - fattispecie.

In tema di accertamento catastale, il sopralluogo non è necessario quando il nuovo classamento consegua ad una denuncia di variazione catastale presentata dal contribuente, atteso che le esigenze sottese al sopralluogo ed al contraddittorio si pongono solo in caso di accertamento d'Ufficio giustificato da specifiche variazioni dell'immobile (Fattispecie relativa ad un immobile situato in Genova, zona C.so A. Saffi, ritenuto correttamente classificato dal contribuente in categoria A/2. L'impossibilità di considerarlo, come preteso dall'Ufficio, in categoria A/1, è stata esclusa trattandosi di u.i. che, pur di dimensioni rilevanti, è privo di finiture di pregio particolare ed è situato al primo piano in prossimità della strada "sopraelevata", considerata altresì la maggioranza di u.i. classificate in A/2 nella zona e nello stesso caseggiato).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 5 ottobre 2022, n. 788 - Pres. Cardino - Rel. Cardino.

ICI - area demaniale in concessione - valore - determinazione - mancato accatastamento - gruppo "D" - attività di impresa - criterio del "valore contabile" - applicazione - legittimità

Ai fini della determinazione dell'ICI di un'area demaniale gestita in concessione (nella specie, un pontile galleggiante ancorato a terra, con relativa area di ingresso, collocato in un porto turistico ed adibito a struttura di servizio per le imbarcazioni da diporto) è corretta l'applicazione del criterio del "valore contabile" se tale area: a) non era iscritta a Catasto con attribuzione di rendita, b) è stata poi classificata nel gruppo catastale "D"; c) è stata impiegata dalla contribuente per svolgere l'attività di impresa (nella specie, di prestazione di servizi connessi al trasporto marittimo e per vie d'acqua). In tal caso, pertanto, il suo "valore contabile", come risultante dal registro dei beni ammortizzabili, era legittimamente pari a tutti i costi incrementativi relativi al manufatto sopportati dalla contribuente fino all'anno del suo accatastamento.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 13 ottobre 2022, n. 803 - Pres. Varalli - Rel. Oddone.

ICI - aree edificabili - accertamento - motivazione - validità - contenuto necessario.

ICI - accertamento - motivazione - integrabilità in giudizio - esclusione.

Ai fini ICI, è invalido, per carenza di motivazione, l'accertamento con cui il Comune abbia rettificato il valore di un'area fabbrica-

bile senza indicare i criteri di tale rideterminazione, avendo riportato solamente il valore dell'imposta dovuta e delle sanzioni, facendo un riferimento generico all'incidenza percentuale dell'area sul valore dell'edificazione, e con riferimento alla sua potenzialità edificatoria tenuto conto di beni similari non più precisamente indicati. La motivazione di tale atto, infatti, avrebbe dovuto essere integrata dai riferimenti che la legge esige per determinare l'imponibile in caso di aree fabbricabili ed aventi riguardo "alla zona territoriale di ubicazione, all'indice di edificabilità, alla destinazione d'uso consentita, agli oneri per eventuali lavori di adattamento del terreno necessari per la costruzione, ai prezzi medi rilevati sul mercato dalla vendita di aree aventi analoghe caratteristiche", con riguardo all'edificabilità effettiva, e non ipotetica.

La motivazione dell'atto impositivo deve indicare i fatti astrattamente giustificativi della pretesa, che consentano di delimitare l'ambito delle ragioni adducibili dall'Ente impositore nell'eventuale successiva fase contenziosa, essendo affidate al giudizio di impugnazione dell'atto solo le questioni riguardanti l'effettivo verificarsi dei fatti stessi e la loro idoneità a dare sostegno alla pretesa impositiva. Conseguentemente, è del tutto errato ritenere che nell'atto impositivo possano non esser esplicitati gli elementi di fatto utilizzati per la determinazione del maggior valore (nella specie, di un'area fabbricabile), e neppure che sia sufficiente per l'Ufficio dar poi conto della propria valutazione nel corso del giudizio, non consentendo ciò un corretto esercizio dei diritti di difesa del contribuente.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 29 novembre 2022, n. 899 - Pres. Cardino - Rel. Volino.

IMPOSTA DI REGISTRO - ipotecarie e catastali - immobili - acquisto - successione - agevolazione prima casa - erroneità della richiesta - dichiarazione integrativa - richiesta per altro immobile - ammissibilità.

Con riguardo alle imposte ipotecarie e catastali, ove l'erede abbia erroneamente richiesto l'applicazione dei benefici prima casa in relazione ad un immobile ricompreso nell'asse ereditario rispetto al quale non sussistono le condizioni, ben potrà successivamente correggere tale errore mediante un atto integrativo richiedendo l'agevolazione per un altro immobile, non potendo la sua dichiarazione considerarsi "irretrattabile" ed essendo a tal fine irrilevante il fatto che, nel frattempo, sia stata avviata un'attività di controllo da parte dell'Amministrazione (nella specie, la contribuente ha erroneamente richiesto l'agevolazione per l'immobile A mentre per l'immobile B ha pagato le ipotecarie e catastali in misura proporzionale. A seguito di disconoscimento dell'agevolazione per l'immobile A da parte dell'Ufficio, la contribuente ha presentato dichiarazione di successione integrativa per l'immobile B chiedendo il rimborso della differenza tra l'ammontare delle ipotecarie e catastali pagate in misura proporzionale e l'imposta fissa a tale titolo dovuta in virtù dell'applicazione dell'agevolazione).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 9 febbraio 2023, n. 111 - Pres. e Rel. Cardino.

IMPOSTA DI REGISTRO - benefici "prima casa" - conviventi "di fatto" - co-acquisto - residenza anagrafica stabilita da uno solo dei due conviventi - agevolazione - applicabilità.

I benefici fiscali per l'acquisto della "prima casa" sono applicabili al caso in cui l'immobile destinato ad abitazione principale sia

stato co-acquistato da due persone "conviventi", quindi nell'ambito di una famiglia formatasi fuori dal matrimonio, ed uno solo dei conviventi vi abbia trasferito la residenza anagrafica. Non vi è, infatti, ragione per non applicare tale agevolazione anche al caso del nucleo familiare non avvinto dal matrimonio purché, ovviamente, con caratteristiche di stabilità e la cui sussistenza non sia in discussione (nella specie, l'imminente nascita di due figli è stata ritenuta dal Collegio un sicuro indice di stabilità e di serietà del rapporto). Né, per negare tale applicazione, potrebbe operare il tradizionale principio della necessità di una interpretazione restrittiva delle norme in tema di agevolazione fiscale, considerato che le disposizioni che regolano l'applicazione dell'agevolazione "prima casa" non fanno mai riferimento ad una particolare situazione familiare in cui viene a trovarsi l'acquirente agevolato, ma ancorano il beneficio al solo presupposto fattuale della residenza anagrafica (presupposto che è sufficiente si verifichi per un solo appartenente al nucleo familiare coabitante).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 31 gennaio 2023, n. 70 - Pres. Varalli - Rel. Chiti.

IMPOSTA SULLA PUBBLICITÀ - gru - cartello - marchio dell'impresa - assoggettabilità - sussiste

È soggetto ad imposta sulla pubblicità il cartello (della dimensione di 1 mq) apposto su di una gru mobile adoperata nei cantieri edili riportante il marchio dell'impresa. Ed infatti, la scritta su tale cartello costituisce messaggio pubblicitario che è percepito in associazione alla gru sul quale è apposto e che costituisce il prodotto dell'attività imprenditoriale esercitata: prodotto che in tal modo, considerati il luogo in cui è situato il cartello e le caratteristiche strutturali, viene fatto conoscere ad un numero indeterminato di possibili acquirenti.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 20 ottobre 2022, n. 810 - Pres. Canepa - Rel. Cunati.

IMU - soggettività d'imposta - contenzioso tra gli eredi - conciliazione giudiziale - determinazione del soggetto al quale è devoluta l'eredità - pretesa impositiva - decorrenza - fattispecie.

Nel caso in cui sorga una controversia nanti il giudice ordinario tra più soggetti che si qualificano eredi in base a titoli diversi, la soggettività IMU, con il conseguente obbligo dichiarativo e di versamento, non sorge nel momento in cui le parti, avendo definito la lite con una conciliazione (nella specie, nel 2017), abbiano stabilito a quale di esse deve essere interamente devoluta l'eredità, ma deve ritenersi configurabile già in un momento anteriore a carico di chi (prima dell'insorgere della controversia) aveva depositato in Tribunale (nella specie, nel 2011) un atto notorio con cui dichiarava di essere erede legittimo ed aveva proceduto all'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario (nella specie, il soggetto che aveva presentato l'atto notorio in tribunale qualificandosi come erede legittimo era lo stesso al quale, in base alla conciliazione giudiziale effettuata con l'erede testamentario a cui l'immobile risultava formalmente intestato, era stata devoluta l'eredità. La CTR, condividendo la decisione della CTP che aveva rilevato come tale erede legittimo fosse stato nel possesso dei beni, ha ritenuto che nei suoi confronti fosse ravvisabile fin da subito quel "possesso qualificato" dell'immobile a cui l'art. 9 d.lgs. n. 23/2011 riconduce la debenza dell'imposta).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 29 novembre 2022, n. 904 - Pres. Varalli - Rel. Piombo.

IRAP - rimborso - dichiarazione - errata indicazione di compensi - dichiarazione integrativa - necessità - esclusione - istanza di rimborso - ammissibilità.

In materia di IRAP, l'emenda o la ritrattazione contenuta nella dichiarazione integrativa (ex art. 2, comma 8-bis d.p.r. n. 322 del 1998), che si salda con l'originaria dichiarazione presentata, da un lato, e l'istanza di rimborso (ex art. 38 d.p.r. n. 602 del 1973), da proporre entro 48 mesi, nel caso d'inesistenza totale o parziale dell'obbligo di versamento, dall'altro, operano su piani diversi del rapporto d'imposta tra Amministrazione finanziaria e contribuente e costituiscono due opzioni concorrenti e non alternative, che l'ordinamento tributario offre all'interessato, a seconda che egli si attivi nel campo applicativo dell'accertamento fiscale (la dichiarazione integrativa) o nel diverso ambito della riscossione dei tributi (l'istanza di rimborso). Pertanto, qualora il contribuente si sia accorto di aver presentato la dichiarazione IRAP indicandovi compensi in misura ritenuta errata, lo stesso ben può chiedere il rimborso della relativa imposta versata con presentando apposita istanza invece di procedere con una dichiarazione integrativa.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 25 gennaio 2023, n. 58 - Pres. Cardino - Rel. Volino.

IRES - agevolazione "Tremonti bis" - detassazione reddito d'impresa reinvestito - proroga della misura - applicazione - evento calamitoso - impresa - diretta incidenza - necessità - esclusione.

Al fine dell'applicazione della proroga dell'agevolazione dell'art. 4 della legge "Tremonti bis" (da parte del d.l. n. 282/2002) non è richiesta alcuna ricognizione circa la diretta incidenza dell'evento calamitoso sulla singola unità produttiva, non essendo quindi condivisibile la tesi dell'Amministrazione finanziaria che limita l'applicazione dell'incentivo soltanto alle aziende che hanno subito un danno diretto da tali eventi calamitosi.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 24 ottobre 2022, n. 828 - Pres. Canepa - Rel. Cunati.

IRPEF - redditi di lavoro dipendente - trasferte - indennità - rimborso - rilevanza a fini fiscali e contributivi - nella misura di un terzo - conclusioni del verbale INPS - rilevanza.

PROCESSO TRIBUTARIO - domande nuove - domanda di riduzione della pretesa impositiva - originaria domanda di integrale annullamento dell'atto - ammissibilità.

In tema di redditi di lavoro dipendente, le indennità di trasferta rimborsate al lavoratore con un metodo "forfettario", cioè con il riconoscimento di una somma fissa per ogni giorno di lavoro in trasferta, a prescindere dalla spesa effettivamente sostenute, sono esenti, sia ai fini fiscali che ai contributivi, nella misura di un terzo (risultando quindi imponibile per i restanti due terzi). Conseguentemente, stante l'identità di metodo applicabile per la liquidazione sia delle imposte che dei contributi previdenziali, se è incontestata l'effettività delle trasferte e la fruizione dell'indennità da parte dei dipendenti, deve essere ridotta la pretesa dell'Ufficio di assoggettare ad imposizione interamente l'indennità di trasferta, tenuto conto anche del verbale INPS (sopravvenuto all'emissione dell'accertamento) che riconosce la rilevanza di tali indennità ai fini contributivi solo nella misura di un terzo.

La domanda di riduzione dell'accertamento può ritenersi ricompresa in quella di annullamento dello stesso (così come il "più"

comprende il “meno”) e ciò anche tenuto conto delle conclusioni delle parti dirette a privilegiare l'aspetto sostanziale (ossia un accertamento sul rapporto) su quello formale (annullamento dell'atto). Conseguentemente non viola l'art. 57 d.lgs. n. 546/92 (quale “domanda nuova”) la richiesta del contribuente di tener conto delle risultanze del verbale INPS che, sopravvenuto all'accertamento impugnato e quindi al ricorso con cui si chiedeva l'integrale annullamento della pretesa impositiva, ha evidenziato la rilevanza ai fini contributivi (e, di conseguenza, fiscale) delle indennità di trasferta nella sola misura di un terzo (e non nel loro intero ammontare).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 18 novembre 2022, n. 935 - Pres. Cardino - Rel. Bolognesi.

IRPEF - pensione di anzianità - INPS - erogazione - trattenuta - soggetti - residenti in Francia - convenzione - art. 18 - “sicurezza sociale” - stato della fonte - imponibilità - sussiste - rimborso - rigettato.

L'espressione “sicurezza sociale” contenuta nell'art. 18 della Convenzione Italia-Francia sulle doppie imposizioni (secondo cui “le pensioni ed altre somme pagate in applicazione della legislazione sulla sicurezza sociale di uno Stato, sono imponibili in detto Stato”) deve intendersi riferita non solo al trattamento assistenziale ma anche a quello previdenziale, ivi compresa la pensione di anzianità. Pertanto, è imponibile in Italia il trattamento pensionistico erogato dall'INPS a soggetti residenti in Francia (nella specie è stato rigettato il rimborso della trattenuta operata dall'INPS sulla pensione erogata a soggetti residenti a Nizza).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 14 dicembre 2022, n. 930 - Pres. Piombo - Rel. Latti.

IRPEF - accertamento - metodologia “sintetica” - tenore di vita - spese per incrementi patrimoniali - disinvestimenti - utilizzo per sostenere le spese - dimostrazione - necessità.

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, qualora l'ufficio determini sinteticamente il reddito complessivo netto in relazione alla spesa per incrementi patrimoniali, il contribuente deve provare non solo la disponibilità di redditi esenti o di redditi soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, ma anche l'entità di tali redditi e la durata del loro possesso, che costituiscono circostanze sintomatiche del fatto che la spesa contestata sia stata sostenuta proprio con redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta. Conseguentemente, non è sufficiente la dimostrazione dell'esistenza di redditi in ipotesi derivanti dallo smobilizzo di investimenti, ma occorre anche un'indagine al fine di verificare se, sulla base degli elementi sintomatici in atti, i redditi oggetto di tale disinvestimento siano stati effettivamente utilizzati in funzione del contestato mantenimento del tenore di vita.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 16 dicembre 2022, n. 942 - Pres. Canepa - Rel. Cunati.

IVA - settori particolari - sala giochi e biliardi - atto di recupero - fondamento - provvedimento della Dogana

con riferimento all'ISI - mancata conoscenza da parte del contribuente - allegazione - necessità.

È illegittimo, per carenza di motivazione, l'atto con cui l'Agenzia delle Entrate recupera l'IVA dovuta per l'esercizio dell'attività di “sala giochi e biliardi”, se ad esso non è allegato il provvedimento della Dogana relativo all'imposta sugli spettacoli ed intrattenimenti sul cui contenuto, sconosciuto al contribuente, è stato fondato il recupero dell'IVA.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 6 febbraio 2023, n. 94 - Pres. e Rel. Cardino.

IVA - prestazione di servizi - premio - provvigione o mera cessione di denaro - conseguenze ai fini dell'imposta - natura della prestazione - propagandista di medicinali o agente di commercio - clausole contrattuali - rilevanza - fattispecie.

L'attività del “propagandista di medicinali” (“informatore scientifico”) consiste nel persuadere la potenziale clientela dell'opportunità dell'acquisto, informandola del prodotto e delle sue caratteristiche, ma senza promuovere la conclusione di contratti, così differendo dall'attività dell'“agente”, il quale, nell'ambito di un'obbligazione non di mezzi ma di risultato, deve altresì pervenire alla promozione della conclusione dei contratti, essendo a questi direttamente connesso e commisurato il proprio compenso. Conseguentemente, nel momento in cui, in base alle clausole contrattuali, è possibile qualificare il promotore di farmaci quale “agente di commercio”, sono rilevanti ai fini IVA i “premi” che gli sono corrisposti dalla Società che lo ha ingaggiato, in quanto assimilabili a vere e proprie “provvigioni” (nella specie, l'Agenzia considerava il promotore di farmaci non un agente di commercio ma un mero “informatore scientifico” ritenendo che i premi gli fossero corrisposti al di fuori di un rapporto di sinallagmaticità, corrispondendo quindi a mere cessioni di denaro non rilevanti ai fini IVA, con conseguente recupero dell'IVA detratta in capo alla Società produttrice dei farmaci che si avvaleva di tale agente. Invece, secondo la Corte, si trattava di un vero e proprio “agente di commercio” in quanto nei contratti di incarico era espressamente previsto il compito di promuovere la conclusione di contratti di vendita).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 2 gennaio 2023, n. 5 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - riferimento ad una sentenza - mancata partecipazione del destinatario al relativo giudizio - mancata allegazione - difetto di motivazione - sussistenza.

Qualora la pretesa erariale recata da una cartella di pagamento sia stata fondata sul contenuto di una sentenza (nella specie, di Cassazione) emessa a seguito di un giudizio nel quale il destinatario dell'atto non era stato parte, tale cartella è illegittima per difetto di motivazione se la richiamata sentenza non è ad essa allegata. Ed infatti, l'obbligo di allegazione, previsto dall'art. 7 della legge n. 212 del 2000, mira a garantire al contribuente il pieno ed immediato esercizio delle sue facoltà difensive, laddove, in mancanza, egli sarebbe costretto ad una attività di ricerca, che comprimerebbe illegittimamente il termine a sua disposizione per impugnare.

Documenti

*Sull'onere della prova e sulla prova testimoniale nel processo tributario: prime osservazioni in merito alle recenti modifiche ed integrazioni apportate all'art. 7 d.lgs. n. 546 del 1992, n. 546.**

Prof. Avv. Antonio Lovisolo

Università di Genova

Sintesi: L'art. 6, l. n. 130 del 2022 aggiungendo il comma 5-*bis* all'art. 7 d.lgs. n. 546 del 1992 ("Poteri del giudice tributario"), sancisce che la Amministrazione finanziaria quale "attore sostanziale", è onerata, nel processo tributario, della prova della pretesa formulata nell'atto di imposizione. Tale regola di prova "del fatto incerto" deve comunque convivere con le "presunzioni" di cui è costellata la materia tributaria. A tal fine, il Giudice è chiamato ad una specifica valutazione motivazionale - sotto il profilo della "non contraddittorietà", "logicità" e "non pretestuosità" - della applicazione delle presunzioni nel caso specifico. Quanto poi alla esperibilità della "prova testimoniale scritta" (prevista dal 4° comma dell'art. 7 d.lgs. n. 546 del 1992 come "novellato" dell'art. 4 l. n. 130 del 2022), (fra gli altri) si pone sotto diversi profili il problema dei rapporti con le "dichiarazioni di terzi" la cui utilizzabilità permane comunque nel processo tributario.

Sommario: 1. Nuovi profili in merito all'onere della prova nel processo tributario con particolare riferimento alla prova per presunzioni. - 2. Considerazioni sull'onere della prova nel processo tributario: la "vicinanza della prova nel processo tributario", la previsione dell'art. 2697 c.c. - 3. La "prova testimoniale scritta". - 3.1. La "prova testimoniale scritta" e "dichiarazioni di terzo". - 3.2. Prova testimoniale e regole procedurali - 3.3. Prova testimoniale e ne bis in idem: cenni.

1. Nuovi profili in merito all'onere della prova nel processo tributario anche in riferimento alla prova per presunzioni.

L'art. 6 l. n. 130 del 2022, dopo aver ribadito che "l'Amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato", fra "i poteri delle Commissioni Tributarie" previsti dall'art. 7 d.lgs. n. 546 del 1992, introduce (comma 5-*bis*) il potere-dovere del Giudice di "fondare" la propria decisione "sugli elementi di prova che emergono nel giudizio", provvedendo all'annullamento dell'atto impugnato "se la prova della fondatezza delle ragioni oggettive sulle quali si fonda" la pretesa impositiva, "manca o è contraddittoria o comunque insufficiente" ad una sua dimostrazione "circostanziata e puntuale". In tal modo, l'art. 6 cit. regola l'onere della prova nel processo tributario e segnatamente:

1.1. La prova della pretesa impositiva spetta all'Amministrazione (quale attore sostanziale) a prescindere dalla cosiddetta

"vicinanza della prova"; (1)

1.2. Tale prova si forma in giudizio. Quindi è vietata la "scienza privata" del Giudice; (2)

1.3. Pertanto l'atto di imposizione deve contenere la sola motivazione della pretesa ma non necessariamente la prova della stessa che deve essere fornita in giudizio.

Comunque (a mio avviso) la motivazione dell'atto, per essere "completa" ed "esaustiva" deve fare (almeno) riferimento agli elementi probatori sui quali essa si fonda che, potranno essere poi dedotti e sviluppati in giudizio. (3)

In particolare, ove preceduto da contraddittorio, l'atto di imposizione deve spiegare le ragioni della infondatezza degli elementi dedotti dal contribuente.

La prova di tale infondatezza potrà essere data in giudizio.

1.4. La mancanza di idonea prova comporta l'annullamento dell'atto impugnato.

In questo modo, si ribadisce che la giurisdizione delle Commissioni Tributarie è di "annullamento" della pretesa e non di "mero accertamento" della sua legittimità. (4)

1.5. In particolare, al fine della verifica dell'adempimento di tale onere probatorio a carico dell'Amministrazione, il Giudice tributario deve valutare:

a) La "esistenza" della prova della fondatezza della pretesa impositiva;

b) La non "contraddittorietà" della prova medesima;

c) La sua "sufficienza" al fine di pervenire ad una dimostrazione circostanziata e puntuale della pretesa medesima;

d) A tal fine l'art. 7, comma 5-*bis* cit. precisa che la valutazione delle "ragioni oggettive" di fondatezza (o meno) della pretesa impositiva deve essere effettuata, tenuto conto "comunque della coerenza con la normativa tributaria sostanziale".

Pertanto necessariamente l'attribuzione all'ente impositore dell'onere della prova coinvolge anche l'applicazione delle "presunzioni legali", quali regole che caratterizzano specificamente la materia tributaria. (5)

Tali presunzioni se "assolute", "semplificano", per legge, il contenuto della fattispecie imponibile o di un profilo della stessa.

A tal fine, si ricorda (ad esempio), la previsione dell'art. 5, 1° comma, t.u. n. 917 del 1986 afferente la "trasparenza" delle società di persone o si ricorda la previsione dell'art. 67, lett. b), t.u. n. 917 del 1986 secondo il quale sono sempre imponibili le plusvalenze derivanti da vendite immobiliari infra quinquennali.

Pertanto le "presunzioni assolute" "superano" il problema dell'onere della prova, individuando specificamente *ex lege* la fattispecie imponibile o una sua caratteristica.

A loro volta, le "presunzioni relative" invertono la "normale incombenza" dell'onere della prova, nel senso che, (anche nell'ottica applicativa del comma 5-*bis* cit.) consentono che l'Amministrazione dimostri soli i "fatti" (ad esempio: esistenza di versamenti su conti correnti bancari) sui quali la legge fonda la inferenza presuntiva, lasciando alla legge la previsione della configurabilità dei "fatti incerti" da dimostrare (cioè - sempre nell'esempio - l'esistenza di maggiori ricavi).

Considerazione diversa occorre invece formulare per quanto attiene le presunzioni non previste dalla legge ma frutto di elaborazioni giurisprudenziali (cosiddette "presunzioni giurisprudenziali"). Trattasi in realtà, di presunzioni semplici che, in quanto non previste da alcuna norma (tanto meno

* Il presente articolo è stato pubblicato su *Diritto e pratica tributaria*, 2023, parte I fascicolo 1.

“sostanziale”) hanno valore meramente indiziario e non esonerano l’Amministrazione quale “attore sostanziale” dall’obbligo di fornire la prova del “fatto incerto” da dimostrare.

Al riguardo si ricorda (ad esempio) la giurisprudenza in materia di società a ristretta base familiare. (6)

1.6. In particolare, quanto alla applicazione di tali “presunzioni”, osservo che (come si è visto), il comma 5-*bis* ribadisce che, il Giudice è chiamato espressamente ad una valutazione degli elementi di prova forniti in giudizio, sotto il profilo della “loro sufficienza”, “non contraddittorietà” e “puntualità”, con riferimento alla “dimostrazione delle ragioni oggettive su cui si fonda la pretesa impositiva”.

In proposito la “novità” del comma 5-*bis* non risiede certamente nel suo contenuto (che richiama elementi che devono essere sempre presenti al fine di ogni valutazione probatoria) ma nella riscontrata “necessità” di ribadire tale contenuto valutativo della prova, che il Giudice deve osservare.

Pertanto, a mio avviso, la (“singolare”) previsione a livello normativo (art. 7, comma 5-*bis*, cit.) di una così specifica “puntualizzazione”, appare diretta ad evidenziare particolarmente che il Giudice Tributario è chiamato ad una cognizione, sotto gli indicati profili, anche della “idoneità” degli elementi di prova (specie se presuntiva) dedotti dall’Agenzia a soddisfare nel caso specifico l’onere su di lei incombente. Conseguentemente il Giudice, di fronte alla deduzione da parte dell’Amministrazione di presunzioni legali relative, non potrà certamente contestare il contenuto della “inferenza presuntiva” prevista dalla legge (e cioè ad esempio, per la presunzione *ex art.* 32, n. 2, d.p.r. n. 600 del 1973, la configurabilità di ricavi) ma potrà comunque valutare la “logicità” e la “puntualità” dell’applicazione nel caso di specie di tale inferenza presuntiva.

In particolare, nella prospettiva di valutazione della “logicità” e “completezza” della prova (specie se presuntiva) il Giudice potrà, ad esempio, escludere che, nel caso specifico, “tale prova presuntiva” possa assumere rilievo nei confronti del contribuente accertato ove le sue vicende soggettive (quali, ad esempio, la pluriennale sua inattività e specifica “nulla tenenza”) inducano piuttosto a spostare *aliunde* l’applicazione di tale presunzione, considerando il soggetto accertato quale “interposto” di altri cui l’Ufficio avrebbe dovuto indirizzare la propria pretesa impositiva.

Parimenti (sempre a titolo di esempio) si consideri la previsione (artt. 1 e 3 d.p.r. n. 441 del 1997 secondo cui alla fisica “assenza” nel magazzino dell’impresa, di merci che risultano acquistate, corrisponde la presunzione di loro “vendita in nero” o, parallelamente alla “presenza” di merci di cui non si può dare la prova di un regolare acquisto, corrisponde la presunzione del loro “acquisto senza fatturazione”).

Ove l’atto di imposizione invochi la applicazione di tale presunzione legale (di acquisto o vendita) il Giudice certamente non può inficiare l’intrinseco contenuto presuntivo previsto dalla legge (cioè la sua stretta inferenza logica: assenza/presenza di merci non fatturate = irregolarità nella vendita o acquisto della merce).

Tuttavia - vieppiù dopo la nuova norma chiarificatrice - il Giudice al fine di pervenire all’applicazione o meno di tale presunzione, può essere chiamato a valutare (ad esempio) la organizzazione gestionale dell’impresa nella quale tale evento si colloca, pervenendo ad una valutazione della “insufficienza della prova” (anche presuntiva) così fornita ove, (sempre ad esempio), il *Giudice si convincesse che le specifiche modalità di organizzazione dell’attività del contribuente e del suo magazzino* (appartenendo ad esempio alla “grande distribuzione”) e della *quantità di mo-*

vimentazioni fisiche e contabili delle merci medesime (ed in particolare della “irrisorietà percentuale” - rispetto al fatturato - delle differenze inventariali accertate) siano elementi tali *da escludere nel caso specifico una applicazione “pedissequa e occhiuta” di tale presunzione di acquisto e di vendita irregolari.* (7)

Ove si convincesse della configurabilità di tali elementi fattuali, il Giudice dovrà pervenire ad una pronuncia di “insufficienza degli elementi probatori” adottati dall’atto impositivo a sostegno della propria pretesa, dovendosi escludere (ai sensi del comma 5-*bis* cit.) una dimostrazione “circostanziata” e “puntuale” delle “ragioni oggettive” sulle quali si fonda la pretesa.

Parimenti dicasi quanto all’applicazione delle sopra ricordate *presunzioni semplici* (non previste dalla legge ma elaborate dalla giurisprudenza).

L’Amministrazione, come spesso accade, non può limitarsi, ad invocare a supporto della pretesa impositiva la sola esistenza di presunzioni semplici fondate (ad esempio) sulla “ristrettezza della base societaria”.

Il comma 5-*bis* impone al Giudice di valutare, nel caso specifico, la “fondatezza” la “non contraddittorietà” e comunque la “sufficienza degli elementi addotti a dimostrare in modo circostanziato e puntuale le ragioni oggettive sulle quali si fonda la pretesa impositiva”.

Conseguentemente, al riguardo il Giudice è tenuto a valutare se il semplice richiamo a tale particolarità della “struttura societaria” sia idoneo a soddisfare, nel caso specifico l’onere della prova (di percezione di un maggior reddito da parte del socio) gravante sull’Amministrazione e a valutare se, nel caso specifico, la prova presuntiva semplice così fornita sia quantomeno “qualificata” ai sensi del 2729 c.c. o se invece sia fondata su “*meri indizi*”.

A tal fine, il Giudice è chiamato a valutare se sussistano (eventuali) ulteriori elementi che depongano nella specie a favore della configurabilità di un “interesse dei soci” (alla distribuzione dell’utile) prevalente su quello della società al proprio rafforzamento patrimoniale (accantonando l’utile realizzato). (8)

2. Considerazioni sull’onere della prova nel processo tributario: la “vicinanza della prova” e la previsione dell’art. 2697 c.c.

Il comma 5-*bis* cit., disciplina quindi l’onere della prova nel processo tributario, attribuendolo all’Amministrazione, quale “attore sostanziale” cioè quale titolare della pretesa impositiva elevata con l’atto di imposizione, alla quale il contribuente si limita a “resistere”, attivando il giudizio nel quale assume la qualità di attore in senso “formale”. (9)

Secondo l’art. 2697 c.c. chi è “attore in giudizio” deve provare la propria pretesa; tale regola presuppone che l’“attore formale” lo sia anche dal punto di vista “sostanziale” cioè sia titolare anche della pretesa azionata in giudizio.

A sua volta, la previsione del comma 5-*bis* attribuisce tale onere (come abbiamo visto) non già a chi (il contribuente) assume la qualifica di “attore formale” nel giudizio ma all’Ente impositore che riveste la qualità di “attore sostanziale”, elevando, con l’atto impugnato, la pretesa impositiva.

Ciò comporta da un lato, che, in forza della previsione del comma 5-*bis*, l’Amministrazione è gravata “a tutto tondo” della dimostrazione della fondatezza della pretesa impositiva fatta valere con l’atto impositivo.

D’altro lato, proprio la “titolarità sostanziale” della pretesa comporta che l’onere della prova spetti al contribuente nelle “liti di rimborso” (art. 7, comma 5-*bis*, cit.) o allorquando pretende di far valere una “agevolazione” o una “esenzione”. Si consideri che il comma 5-*bis* prevede che la prova delle

“ragioni oggettive sulle quali si fonda la pretesa impositiva” deve essere data “in coerenza con la normativa sostanziale”. Pertanto (a mio avviso), se la pretesa impositiva è diretta a contestare la detraibilità di un costo, la necessità che la prova sia data “in coerenza con la normativa sostanziale”, impone che l’Ente impositore sia onerato anche della dimostrazione della (eventuale) assenza di (almeno uno) degli elementi previsti dalla “normativa sostanziale”, al fine di tale detrazione e cioè (fra gli altri) anche di quello della sua non “inerenza” (oltre eventualmente a quelli della sua assenza di “effettività” o mancato “transito nelle scritture contabili”).

In tal modo, la previsione del comma 5-bis che in maniera “*tranchant*” afferma che “l’Amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate” impone il “superamento” (a questi meri fini) della distinzione fra fatti “costitutivi, estintivi e modificativi” imponendo alla Amministrazione la prova di tutti gli elementi della pretesa impositiva, in conformità alla “normativa sostanziale” alla quale tale pretesa è correlata.

Come sopra indicato, il contribuente permane onerato della prova allorquando si qualifica come “attore” (non solo “formale” ma anche) “sostanziale”, agendo in giudizio per ottenere un rimborso o per far valere il diritto ad una agevolazione od esenzione.

Nelle prime pagine di questo scritto (*sub* 1.1) si è già precisato che la previsione del nuovo comma 5-bis esclude la applicazione del principio (di origine giurisprudenziale) di “vicinanza della prova” cui la Giurisprudenza dà applicazione soprattutto in materia di prova della “inerenza” di un costo o di “congruità” e “normalità” dei “prezzi di trasferimento” (“*transfer price*”).

Anche in tali casi, l’Amministrazione è (ora) chiamata a dimostrare tale “non inerenza” o “non congruità”, adducendo elementi e circostanze che, se non adeguatamente contrastati dal contribuente, potranno essere comunque positivamente “valutati” dal Giudice sotto il profilo probatorio.

D’altronde (come già precisato *retro sub*. nota 1) la stretta applicazione del principio di “vicinanza della prova” nei casi indicati (inerenza di un costo e “*transfer price*”) potrebbe finire con il consentire alla Amministrazione (in quanto ritenuta “non vicina alla prova”) di contestare (ad esempio) la inerenza del costo o la “congruità” e “normalità” del prezzo, senza addurre elementi significativi sul piano probatorio, investendo di tale onere il contribuente (in quanto ritenuto “più vicino alla prova”).

Conclusione che appare incompatibile con la chiara previsione del comma 5-bis cit. che attribuisce all’Amministrazione tale onere della prova.

Sotto questo profilo, il “distacco” dalla previsione dell’art. 2697, 2° comma, c.c. e dal principio di “vicinanza della prova” appare quindi significativo.

La pretesa tributaria emanata con l’atto di imposizione è diretta alla contestazione di un comportamento del contribuente; quindi l’Amministrazione deve provare la propria pretesa *in toto* e cioè con riferimento a tutti gli “elementi” di tale pretesa impositiva.

Tuttavia, nulla esclude che tale prova a carico dell’amministrazione possa essere data anche attraverso presunzioni semplici (non previste dalla legge) che tuttavia a tal fine devono essere “qualificate” *ex art.* 2729 c.c. e non “meri indizi”.

In tal modo, la previsione del comma 5-bis finisce con l’incidere (a mio avviso) anche sul contenuto della decisione che il Giudice deve assumere. Ed infatti (a titolo di esempio), ove l’Amministrazione elevasse una pretesa impositiva non dimostrando i suoi elementi costitutivi, all’accoglimento del motivo di impugnazione in tal senso sollevato dal contri-

bute, dovrà corrispondere una pronuncia sul “difetto di prova” della pretesa, piuttosto che sul difetto di sua “fondatezza” nel merito.

Tutt’al più l’atto impugnato potrà essere annullato per difetto di motivazione su un elemento specifico della pretesa impositiva.

Come si vede, la nuova normativa solleva importanti questioni di “fondo”: sarà interessante verificare come la dottrina e la giurisprudenza soprattutto quella della Suprema Corte darà applicazione a tale (nuova) disciplina dell’“onere della prova” nel processo tributario.

Al riguardo non si nasconde che esiste il “rischio” che “gattopardescamente” la Giurisprudenza finisca per non cogliere il contenuto innovativo della recente revisione normativa. (10)

3. La “prova testimoniale scritta” nel processo tributario.

Altra rilevante innovazione apportata (dall’art. 4, d.l. n. 130 del 2022) all’art. 7, d.lgs. n. 546 del 1992 attiene alla modificazione del suo 4° comma. (11)

In particolare, dopo aver ribadito l’inammissibilità del *giuramento* (e cioè di quello “decisorio” in quanto ritenuto incompatibile con la natura del processo tributario) (12) si afferma che “la Corte di Giustizia Tributaria... può ammettere la prova testimoniale”, prevedendo che la sua assunzione avvenga nelle forme di cui all’art. 257-bis c.p.c. e cioè attraverso la ivi prevista risposta scritta a quesiti redatti su un modello notificato al testimone e da lui sottoscritti (in forma autentica).

In forza della “impronta inquisitoria” del processo tributario (13), tale prova testimoniale può essere anche ammessa d’ufficio da parte del Giudice e comunque la sua ammissione prescinde dall’accordo delle parti ed è subordinata alla circostanza che “la Corte di Giustizia Tributaria la ritenga necessaria al fine della decisione”.

L’oggetto della prova testimoniale scritta deve attenersi a “circostanze di fatto” diverse da quelle che un pubblico ufficiale “attesti avvenute in sua presenza”, come tali aventi “fede privilegiata”, superabile solo con querela di falso (art. 7, 4° comma, ultima parte cit.).

3.1. Prova testimoniale scritta e dichiarazione di terzo.

Al riguardo, la circostanza che il nuovo 4° comma, dell’art. 7 non preveda espressamente che la “prova testimoniale è ammessa” (così come, qualche riga sopra, esclude invece l’ammissibilità “del giuramento”), limitandosi ad indicare le modalità della sua assunzione, ha indotto a ritenere che, nel processo tributario, la prova testimoniale finisca per rappresentare “*nulla più che l’attribuzione di una veste formale (rafforzata quanto al suo valore probatorio) alle dichiarazioni di terzi*”, da tempo utilizzabili nanti il Giudice Tributario. (14) In tal modo, per la circostanza che l’ammissibilità di tali dichiarazioni di terzo è previamente valutata dal Giudice che le ritiene “necessarie” al fine della decisione e che la loro acquisizione al giudizio avviene secondo le forme qualificate previste dall’art. 257-bis c.p.c., tali dichiarazioni di terzo da “prove atipiche” aventi valore indiziario (comunque idoneo a condizionare la decisione del Giudice specie se in concorso con altri elementi) vengano ad assumere valore di “prova tipica” dalla quale il Giudice può tuttavia discostarsi ma solo con adeguata motivazione (art. 116 c.p.c.). (15)

Conclusione, questa, che è ricollegata alla circostanza che il testo proposto dalla Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria, presieduta dal Prof. Giacinto Della Cananea prevedeva che “su istanza del ricorrente il giudice può autorizzare la prova testimoniale scritta raccolta

ai sensi del codice di procedura civile su circostanze oggetto di dichiarazioni di terzi contenute in atti istruttori”.

Ma tale proposta ha in realtà un contenuto diverso da quello di cui al novellato art. 7, prevedendo essa, a differenza del nuovo 4° comma, che la testimonianza “scritta” possa aver oggetto solo dichiarazione di terzo già dedotte in istruttoria. Al contrario, il “novellato” 4° comma non contiene alcun riferimento a tale dichiarazione di terzi.

Invero a mio avviso, condivido che la prova testimoniale nel processo tributario rappresenti una forma di “razionalizzazione” dell’assunzione delle dichiarazioni di terzo e di “rafforzamento probatorio” del loro contenuto. (16)

Tuttavia mi sembra che sia riduttivo individuare la portata innovativa nel processo tributario della “testimonianza scritta” di cui al nuovo comma dell’art. 4, limitandola solamente a tale (pur configurabile) “razionalizzazione” della utilizzazione delle dichiarazioni di terzo.

È evidente che, se nel giudizio si intende dare ingresso e rilevanza alle “conoscenze di terzi”, tanto vale farlo (ove possibile) con maggior valenza probatoria, utilizzando le “deposizioni scritte” che, se raccolte e redatte nelle forme di cui all’art. 257-bis c.p.c., assumono la maggior valenza probatoria di prova tipica (nel senso sopra indicato), piuttosto che di semplici dichiarazioni di terzo, aventi certamente solo valore indiziario.

Da qui (a mio avviso) un solo “tendenziale assorbimento” delle dichiarazioni di terzo da parte della prova testimoniale di cui all’art. 7, 4° comma, cit.

Tuttavia, è evidente che tale “assorbimento” non rappresenti una “regula juris” ma è frutto in realtà di una valutazione meramente “fattuale”, posto che “prova testimoniale” e “dichiarazione di terzo” mantengono una propria intrinseca distinzione sia (come abbiamo visto) quanto alla loro diversa specifica valenza probatoria sia quanto alle relative condizioni di ammissibilità.

Certamente la produzione in giudizio di dichiarazione di terzi (contrariamente alla assunzione della prova testimoniale) è lasciata alla libera iniziativa della parte, senza necessità di alcun vaglio preventivo di ammissibilità da parte del Giudice.

Tanto più che nulla esclude che una delle parti del giudizio (come avviene spesso da parte dell’Amministrazione o della Guardia di Finanza) possa aver assunto tale dichiarazione di terzo a “futura memoria”, poi liberamente depositandole in giudizio o ribadendole nel verbale di verifica e contestazione. Analogamente appare legittimo che una delle parti, depositi agli atti del processo “dichiarazioni di terzi”, al fine di poter comunque acquisire elementi e circostanze (seppure con un valore probatorio meramente indiziario) che il Giudice avesse ritenuto non “necessarie” al fine della decisione.

Dopo tutto, le modifiche apportate all’art. 7 cit. non contengono disconoscimento alcuno della ammissibilità e rilevanza delle dichiarazioni di terzo, la cui ammissibilità (come abbiamo detto) è frutto della prassi e della elaborazione giurisprudenziale.

3.2. Prova testimoniale e regole procedurali.

Semmai ciò che è, a mio avviso, da censurare è la circostanza che la previsione del nuovo 4° comma sia inserita nel testo del d.lgs. n. 546 del 1992 (art. 7) senza coordinamento alcuno con le norme procedurali ivi previste, afferenti (ad esempio) i termini tassativi relativi alla produzione dei documenti e deposito di memorie.

Ulteriore problema che si pone in proposito è rappresentato dalla circostanza che il novellato art. 7, 4° comma richiama

la sola procedura e modalità di acquisizione della prova testimoniale scritta prevista dall’art. 257-bis c.p.c. ma non espressamente la possibilità del Giudice di “disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui” (art. 257-bis, ultimo comma, c.p.c.).

A tal problema tuttavia ritengo comunque si debba dare risposta positiva, considerata sia la “general Klausen” di cui all’art. 1, d.lgs. n. 546 del 1992 sia gli ampi poteri istruttori ed inquisitori che l’art. 7, 1° comma, riconosce (in generale) al giudice tributario.

3.3. - Prova testimoniale e *ne bis in idem*: cenni.

Ulteriore conseguenza (forse non voluta ed inconsapevole) delle introduzioni nel processo tributario della “prova testimoniale scritta” è rappresentata dai suoi effetti in relazione alla previsione dell’art. 654 c.p.p. secondo il quale la “sentenza penale di assoluzione” ha effetto anche nel processo civile o amministrativo (e tributario) in relazione ai medesimi fatti materiali (c.d. *ne bis in idem*) “purché la legge civile non ponga limitazione alla prova della posizione soggettivamente contraria”.

È noto che tale limitazione si giustifica, allo scopo di evitare che, attraverso l’utilizzazione nel processo tributario di risultanze emesse nel processo penale (magari acquisite attraverso una “prova testimoniale”) si “aggiri” il divieto della prova testimoniale nel processo tributario.

Tuttavia a far data dal 16 settembre 2022, la introduzione anche nel processo tributario della “prova testimoniale” (seppure nella forma “scritta” e “documentale”) (17) sembra consentire la diretta applicazione anche alla materia tributaria, degli effetti di un giudicato penale, rendendo applicabile il principio del *ne bis in idem*.

Mi rendo conto di aver affrontato questioni la cui soluzione (anche per la loro “novità”) è assolutamente aperta ed opinabile.

Anche in proposito vedremo quale sarà il vaglio della dottrina e della giurisprudenza soprattutto della Suprema Corte.

Certamente, la ammissibilità e il contenuto della prova testimoniale assunta nel processo, tributario imporrà un particolare onere di valutazione ad un Giudice che (soprattutto in prospettiva, appare essere idoneo ad assolvere (anche) tale compito affidatogli.

Note.

(1) Come è noto tale principio si presenta derogatore della “normale” incombenza dell’onere della prova, ricollegandosi ai doveri di correttezza e di buona fede. La sua elaborazione è di origine prettamente giurisprudenziale (Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533). Pertanto, a mio avviso, tale regola “cede” di fronte alla nuova previsione normativa. In senso contrario si veda E. Dalla Valle, *La nuova disciplina dell’onere della prova nel settore tributario*, in *Fisco*, 2022, 3807. Al riguardo, si consideri che, il principio di “vicinanza della prova” è invocato in materia tributaria soprattutto con riferimento alle liti aventi ad oggetto la “inerenza di un costo” o la “rettifica dei prezzi di trasferimento” (*transfer price*) la cui soluzione appare comunque compatibile con l’attribuzione (anche in tal caso) all’Amministrazione dell’onere della prova di tale “non inerenza” o “non congruità e normalità” dei prezzi praticati, potendosi fondare tale prova su elementi e circostanze che il contribuente potrà comunque contestare, chiamando il Giudice alla dovuta valutazione. D’altronde la applicazione del principio di “vicinanza della prova” potrebbe finire per consentire all’Amministrazione di formulare la pretesa impositiva, senza addurre elementi probatori significativi, investendo di tale prova il contribuente (ritenuto “più vicino” ad essa). Conclusione che è in contrasto con l’onere della prova quale individuato dal “novellato” art. 7. In proposito si veda anche G. Vanz, *Criticità nell’applicazione in ambito*

tributario della regola giurisprudenziale della “vicinanza della prova”, *retro*, 2021, 2584.

(2) È comunque consentito al Giudice “senza bisogno di prova” porre a fondamento della propria decisione le “nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”: art. 115, 2° comma c.p.c.

(3) In senso conforme si veda: P. Russo, *Manuale di diritto tributario (il processo tributario)*, Milano, 2005, 160 ss.; F. Gallo, *Motivazione prova nell'accertamento tributario: l'evoluzione del pensiero della Corte*, in *Rass. trib.*, 2001, 1088 ss.; C. Califano, *Il difetto di motivazione degli atti impositivi*, in *Rass. trib.*, 2010, 1214; F. Nicolini, *Considerazioni in merito alla motivazione in funzione della natura giuridica dell'atto di accertamento a seguito di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, 837 ss.

(4) Sembra, quindi “superata” non solo la “natura dichiarativa” del processo tributario ma altresì l'orientamento giurisprudenziale che attribuisce a tale processo la natura di “impugnazione - merito”, finalizzata cioè a superare (non solo il contenuto della dichiarazione del contribuente ma anche) il contenuto dell'accertamento, le cui risultanze potrebbero essere “ritrascritte” e “rideterminate” dalla sentenza “costitutiva” del Giudice. In tal senso (*ex multis*) si veda Cass., 12 aprile 2006, n. 8581; Cass., 8 febbraio 2013, n. 3412; Cass., 30 giugno 2010, n. 15538. In quest'ultima sentenza così si legge: “il processo tributario sebbene formalmente strutturato come giudizio di impugnazione dell'atto impositivo tende all'accertamento sostanziale del rapporto controverso e l'atto di accertamento costituisce il “veicolo di accesso” al giudizio di merito sul rapporto. Ne consegue che in applicazione del principio di economia dei mezzi processuali, che consente al Giudice Tributario di avvalersi dei propri poteri valutativi ai fini della decisione, il giudizio deve concludersi con una pronuncia in ordine alla fondatezza della pretesa tributaria, sia riguardo all'*an* sia riguardo al *quantum*. Infatti, il giudizio che si svolge davanti alle Commissioni è un giudizio di merito a cognizione piena e le Commissioni Tributarie possono acquisire “*aliunde*” gli elementi di decisione essendo dotati di ampio potere istruttorio, anche sostitutivo”. Tale ricostruzione “*aliunde*” è oggi preclusa dalla circostanza (illustrata nel testo) in forza della quale la prova della pretesa “si forma” in giudizio.

(5) Invero la natura “sostanziale” delle norme che prevedono “presunzioni” (specie “relative”) non è pacifica. In proposito si veda: S. La Rosa, *Istruttoria e poteri dell'ente impositore*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, 534 e ss. che riconosce natura “procedimentale” alle disposizioni che individuano la prova con riferimento a fatti dotati di un certo livello “probabilistico-cognitivo”.

(6) Secondo tale indirizzo giurisprudenziale sul “fatto noto” (“ristrettezza della base societaria”) si fonderebbe la presunzione di distribuzione occulta di utile ai soci, presupponendo in tal modo un interesse prevalente di questi alla loro distribuzione piuttosto che interesse della società al loro accantonamento in funzione del proprio rafforzamento patrimoniale.

In proposito (*ex multis*) si veda da ultimo Cass., 13 settembre 2022, n. 26914; Cass., 28 ottobre 2022, n. 31882.

In senso parzialmente diverso, si ricorda Cass., 17 giugno 2009, n. 14046, secondo la quale: “con il primo motivo, il contribuente denuncia vizio di motivazione per avere i Giudici di merito ritenuto la legittimità della presunzione complessa utilizzata dall'Ufficio affermando che la sufficienza del fatto ignoto (i ricavi non contabilizzati dalla società) pur non provato documentalmente sia tuttavia sufficientemente idoneo a dimostrare il reddito del socio, in base alla logica e al buon senso e all'*id quod plerumque accidit*. Il motivo è manifestamente fondato in quanto la sentenza risolve la decisione in una affermazione apodittica che costituisce solo una motivazione apparente, in quanto non spiega sulla base di quali elementi concreti il Giudice abbia ritenuto fondato l'accertamento”.

(7) Quanto alla non applicazione alla “grande distribuzione” delle presunzioni *ex artt. 1 e 3 d.p.r. n. 441 del 1997*, si veda Agenzia entrate, circ. n. 31/E del 2 ottobre 2006. Quanto alla inapplicabilità di tale presunzione, in presenza di differenze inventariali di “percentuale irrisoria” rispetto all'ammontare dei ricavi, si veda Cass., 11 gennaio 2018, n. 439 e Cass., 14 settembre 2018, n. 18073.

(8) Si veda *retro* la nota 6.

(9) In proposito sono rilevanti in materia i numerosi scritti di C. Glendi, fra cui, da ultimo, si veda *La nuovissima stagione della giustizia tributaria riformata*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2022, 757.

(10) Ed infatti stando ad una delle “prime” sentenze emesse dopo la entrata in vigore del comma 5-bis (16 settembre 2022), la Suprema Corte sembra

indirizzata ad attribuire *continuità normativa* alla “nuova” previsione recata dall'art. 7, comma 5-bis.

In tale sentenza (25-27 ottobre 2022, n. 3878) così infatti si legge: “È appena il caso di sottolineare che il d.lgs. n. 546 del 1992, art. 7, comma 5-bis, introdotto con la l. n. 130 del 2022, art. 6, ha ribadito, in maniera circostanziata, l'onere probatorio gravante in giudizio sull'amministrazione finanziaria in ordine alle violazioni contestate al contribuente, per le quali, come nel caso di specie, non vi siano presunzioni legali che comportino l'inversione dell'onere probatorio.

«Pertanto, la nuova formulazione legislativa, nel prevedere che “L'Amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il Giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni» non stabilisce un onere probatorio diverso o più gravoso, rispetto ai principi già vigenti in materia, ma è coerente con le ulteriori modifiche legislative in tema di prova, che assegnano all'istruttoria dibattimentale un ruolo centrale”.

Tale pronuncia invero appare censurabile sia per il fatto che la Suprema Corte ha ritenuto, in quel caso specifico, configurarsi una prova presuntiva (in realtà inesistente in materia di operazioni soggettivamente inesistenti) sia per il fatto che ribadisce, come indicato nel testo, la valenza probatoria delle presunzioni legali (relative) senza porsi il problema della (ricordata) necessità di un più attento e consapevole vaglio critico motivazionale da parte del Giudice, al fine della loro applicazione al caso specifico.

Ad una (a mio avviso) apprezzabile applicazione dell'art. 7, comma 5bis cit. perviene, invece, Corte di Giustizia Tributaria dell'Emilia Romagna 90/2023 depositata il 12 gennaio 2023.

(11) Si vedano i contributi fondamentali di C. Glendi fra cui (*ex multis*): *Prova testimoniale scritta nel processo tributario riformato: quali confini applicativi?*, in *Quotidiano IPSOA*, 14 ottobre 2022; Id., *La nuova stagione della giustizia tributaria*, cit. loc. cit.; Id., *La nuovissima stagione della giustizia riformata*, *retro*, 2022, 1146 ss.

(12) E ciò a mio avviso con riferimento alla “dinamica” di suo “riferimento” e “deferimento” prevista dagli artt. 233 e 234 c.p.c., incompatibile, a mio avviso, financo con la circostanza che l'Amministrazione finanziaria sta in giudizio a mezzo di propri funzionari, idonei alla sottoscrizione degli atti di imposizione, ma non al giuramento di “eventi” ai quali non hanno partecipato.

(13) In proposito si veda in particolare: C. Glendi, *L'istruttoria nel nuovo processo tributario*, *retro*, 1986, I, 1126 ss.; P. Russo - F. Coli - G. Mercuri, *Diritto processuale tributario*, Milano, 2022, 159 ss.; F. Pistolesi, *Il processo tributario*, Torino, 2021, 119 ss.; A. Colli Vignarelli, *I poteri istruttori delle Commissioni Tributarie*, Bari, 2002, *passim*.

(14) Così espressamente, S. Zagà, *La nuova prova testimoniale scritta nel riformato processo tributario*, *retro*, 2022, 2142, nonché C. Glendi, *Prova testimoniale scritta*, cit. loc. cit.

(15) C. Glendi, *Prova testimoniale, principio dispositivo, onere della prova e oggetto del processo tributario*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2007, 741 (fascicolo 9); A. Colli Vignarelli, *Le dichiarazioni di terzi possono da sole fondare la decisione del giudice tributario?*, in *Boll. trib.*, 2015, 298 ss.; A. Comelli, *Dichiarazione di terzi, inammissibilità della prova testimoniale e presunzioni semplici, ai fini del processo tributario*, in *Corr. trib.*, 2019, 434; A. Colli Vignarelli, *Valore probatorio delle dichiarazioni del contribuente e dei terzi (parte II)*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 4 giugno 2021; Id., (*parte I*), *ivi*, 2 giugno 2021.

(16) In proposito si veda A. Lovisolo, *Osservazioni critiche in merito ai più recenti progetti di riforma della giustizia tributaria e ai sopravvenuti rischi di una sua involuzione*, in *La Riforma della giustizia tributaria*, a cura di C. Glendi, Padova, 2021, 95 ss. e, in specie, 102, nonché Id., *Interventi svolti in nome e per conto dell'Ordine degli Avvocati di Genova all'Inaugurazione dell'Anno giudiziario delle Commissioni Tributarie della Liguria per gli anni dal 2007 al 2021 pubblicati nei relativi atti*.

(17) Tale “forma scritta” rappresenta infatti solo una particolare “modalità” di assunzione della prova testimoniale, dovuta a mio avviso sia alla “assonanza” con la analoga prova del processo civile sia alla natura prettamente “documentale” del processo tributario.

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Savona in composizione monocratica, 4 giugno 2021, n. 795 - Giudice Felisatti.

Sentenza confermata dalla Corte d'Appello di Genova, sez. II, in data 17 gennaio 2023.

DELITTI contro la persona - responsabilità colposa per lesioni personali in ambito sanitario - plurime condotte colpose - nesso causale - equivalenza delle cause - principio di affidamento - insussistenza.

(Artt. 40 c. 1 e 2, 41 c. 1. 113, 590, 583 c. 1 n. 1 e 2, 590 sexies c.p.)

DELITTI contro la persona - responsabilità colposa per lesioni personali in ambito sanitario - incompetenza nell'adempimento di compiti - posizione di garanzia - colpa per assunzione - sussistenza.

(Artt. 40 c. 1 e 2, 41 c. 1. 113, 590, 583 c. 1 n. 1 e 2, 590 sexies c.p.)

Il Tribunale condannava tre dei quattro imputati per responsabilità colposa per lesioni personali in ambito sanitario, avendo i tre medici posto in essere, per colpa grave, condotte omissive e commissive tali da cagionare nella persona offesa lesioni personali consistenti in pericolo di vita e in gravi esiti funzionali. In particolare, due medici effettuavano due differenti visite relativi a due accessi al Pronto Soccorso della persona offesa e omettevano di predisporre gli accertamenti che le linee guida prevedevano nel caso specifico, oltre a prescrivere terapie contrindicate rispetto alla patologia del paziente. Il terzo medico valutava erroneamente le risultanze di un esame strumentale, pur non avendone le competenze.

Il Giudice, in ossequio alla giurisprudenza di legittimità sul tema, escludeva la sussistenza del principio dell'affidamento, invocato dalla difesa, poiché, in caso di colpa medica, tale principio non è applicabile quando, la condotta colposa dell'agente, intervenuto successivamente ad un'altra condotta colposa, sia consistita nell'inosservanza di regole già disattese dall'agente precedente. Nel caso di specie, quindi, il Tribunale ha escluso che le condotte poste in essere da un altro medico e dalla stessa persona offesa abbiano interrotto il nesso causale, poiché ritenute al massimo parimenti causative dell'evento, in base al principio dell'equivalenza delle cause.

Il Tribunale condannava poi il terzo medico poiché, non avendone le competenze, valutava erroneamente le risultanze di un esame strumentale, assumendo una posizione di garanzia, sulla base del concetto di colpa per assunzione. La giurisprudenza di legittimità è infatti costante nel definire che il medico che non rifiuti di adempiere a compiti che esulano dalle proprie competenze se ne assume la responsabilità a titolo di colpa per assunzione. Nel caso di specie, il Giudice rilevava, in caso all'imputato, profili di colpa sia per imperizia, poiché essendo inesperto sul piano esecutivo, non osservava le regole cautelari, sia per negligenza e imprudenza, poiché non interpellava alcun soggetto esperto come avrebbe dovuto fare.

Sentenza.

nei confronti di B., A., G.M., V.

Imputati.

- del delitto p. e p. dagli artt. 40 c. I e II, 41 c. I, 113, 590, 583 c. I n. 1) e n. 2) c.p. (e ss.mm.ii.: cfr. art. 590 sexies cp nuovo testo ex L. 24/2017), perché, in cooperazione colposa fra loro, nelle rispettive qualità,

la B. quale dirigente medico, specializzato in medicina e chirurgia d'accettazione e d'urgenza, in servizio presso la S.C. Pronto Soccorso dell'Ospedale di (...),

A. quale dirigente medico, specializzato in chirurgia generale, in servizio presso la S.C. Day Surgery Multidisciplinare presso l'Ospedale di (...),

la G.M. quale dirigente medico, specializzato in medicina e chirurgia d'accettazione e d'urgenza, in servizio presso la S.C. Pronto Soccorso dell'Ospedale di (...),

il V., quale dirigente medico, specializzato in radiodiagnostica, in servizio presso la S.C. Radiologia diagnostica, presso l'Ospedale di (...),

per colpa consistita in negligenza ed imperizia nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica, e segnatamente, nella circostanza della visita e/o del trattamento - da parte di ciascuno dei sanitari, nelle circostanze e nelle tempistiche di cui infra - della paziente A.S., sofferente di aneurisma endocranico determinante successivi episodi di emorragia subaracnoidea (ESA), nell'aver omesso gli approfondimenti diagnostici e strumentali necessari e dovuti in presenza del quadro di sintomi presentati dalla p.o., e dunque nel non avere né tempestivamente diagnosticato né correttamente trattato la patologia della A., già riconducibile al momento del ricovero alle categorie nosografiche di una cefalea da ESA. (...*Omissis...*)

tutti, nella descritta successione diacronica, in cooperazione colposa rispetto al sanitario autore della precedente o pressoché contestuale condotta colposa in contestazione, non impedivano o comunque concausavano un ulteriore e decisivo peggioramento del quadro dell'aneurisma della paziente, che esitava in due ulteriori episodi emorragici (l'ultimo dei quali, il 2.10.2015, finalmente correttamente trattato ma gravissimo, non limitato agli spazi subaracnoidei ma che si espandeva anche in sede intraparenchimale temporale destra), p con ciò cagionando alla medesima p.o. lesioni personali consistenti in pericolo di vita ed in esiti funzionali drammatici (emiplegia sinistra e incapacità di deambulare autonomamente), conseguenze che sarebbero state completamente evitate ove la paziente (giunta per ben tre volte alla osservazione dei clinici in grado I di Hunt - Hess) fosse stata correttamente e tempestivamente trattata e sottoposta a intervento neurochirurgico o endovascolare;

nei luoghi di cui al capo d'imputazione, condotte ed evento nei periodi cui al capo di imputazione.

Motivi della decisione. (...*Omissis...*)

1. La storia clinica di A.S.

(...*Omissis...*) Da quanto occorso alla persona offesa conseguiva una disabilità moderata-severa con incapacità di attendere alle necessità personali senza assistenza (il padre A.P. veniva nominato suo amministratore di sostegno ad agosto 2016) ed un'incapacità nella deambulazione non assistita, oltre ad un deficit neurocognitivo plurisetoriale, con interessamento della memoria, della concentrazione, delle capacità visuo-spaziali e del ragionamento logico-deduttivo.

Tale quadro appare sostanzialmente stabilizzato nella sua gravità: il padre si occupa a tempo pieno della figlia, che ha dovuto licenziarsi dal suo impiego di farmacista in (...) (le è stata riconosciuta un'invalidità civile del 100% e percepisce un'indennità di accompagnamento), coadiuvato da una volontaria che assiste la donna

due ore al giorno e da una fisioterapista due volte alla settimana (v. dichiarazioni di A.P., udienza del 20.07.2020).

La visita medica effettuata gli scorsi mesi dai Periti nominati da questo Tribunale ha confermato una situazione clinica non contestata dalle altre parti e già riscontrata dai Consulenti del P.M., che procedevano alla visita della parte lesa in data 19.04.2016 e riscontravano che le era impossibile deambulare autonomamente: è emerso un quadro qualificabile come “emiparesi spastica sinistra associata a compromissione delle funzioni corticali, emidisattenzione ed emianopsia laterale omonima sx, in esiti di emorragia subaracnoidea ed intraparenchimale temporale destra, con lesioni ischemiche diffuse emisferiche dx e frontali sx da vasospasmo, in fissurazione aneurisma intracranico Carotide interna-Comunicante posteriore dx trattato per via endovascolare; esiti craniectomia evacuativa con riapposizione opercolo osseo, idrocefalo tetraventricolare in derivazione ventricolo-peritoneale, incontinenza sfinterica.

2. L'ipotesi accusatoria.

Il capo di imputazione ravvisa profili di responsabilità colposa in capo a:

- B., dirigente medico specializzato in medicina e chirurgia d'accettazione e d'urgenza in servizio presso la S.C. Pronto Soccorso dell'Ospedale di (...), per non aver opportunamente indagato in ordine alla possibilità dell'esistenza di un episodio di emorragia subaracnoidea (ESA), nonostante la persona offesa ne presentasse i sintomi, e limitandosi a trattare gli esiti dell'incidente stradale subito dalla stessa: non esaminava, invero, le cause della precedente sintomatologia rappresentata dalla paziente, diagnosticava una distrazione cervicale traumatica e somministrava alla medesima farmaci controindicati in caso di ESA;
- A., dirigente medico specializzato in chirurgia generale in servizio presso la S.C. Day Surgery Multidisciplinare dell'Ospedale di (...), per aver trattato esclusivamente le contusioni facciali presentate dalla persona offesa senza disporre gli accertamenti necessari a seguito dei sintomi presentati dalla donna, evocativi di un'ESA;
- G.M., dirigente medico specializzato in medicina e chirurgia d'accettazione e d'urgenza in servizio presso la S.C. Pronto Soccorso dell'Ospedale di (...), perché, dopo aver opportunamente prescritto una TC cranica, ometteva, a seguito di TC negativa, di effettuare i successivi accertamenti strumentali disposti dalle linee guida in caso di forte sospetto di ESA (in particolare, per aver omesso di disporre l'esecuzione di una rachicentesi, approfondimento diagnostico imposto in tali casi dalle linee guida);
- V., dirigente medico specializzato in radiodiagnostica in servizio presso la S.C. Radiologia diagnostica dell'Ospedale di (...), per aver refertato la TC cranica disposta dalla dott.ssa G. negativamente, nonostante l'evidente presenza di sangue negli spazi subaracnoidei della base cranica ed un iniziale idrocefalo.

Essi in cooperazione colposa tra loro, quindi, non avrebbero impedito ed avrebbero concusato un ulteriore e decisivo peggioramento del quadro clinico della parte lesa, che subiva la rottura dell'aneurisma individuato infine in data 02.10.2015, conseguendone un pericolo di vita per la stessa e lesioni personali consistenti in un'emiplegia sinistra ed in un'incapacità di deambulare autonomamente, che sarebbero stati sicuramente evitati laddove la donna fosse stata trattata tempestivamente e sottoposta ad intervento neurochirurgico o endovascolare.

Il Pubblico Ministero, in sede di conclusioni, ha, tuttavia, ritenuto che le gravi lesioni subite dall'odierna persona offesa siano imputabili alla negligenza ed all'imprudenza dei soli imputati B., A. (laddove omettevano gli approfondimenti diagnostici e strumentali richiesti dalle linee guida alla luce della sintomatologia presentata

dalla paziente e ove le somministravano una terapia non indicata) e V. (che non sottoponeva le immagini della TC ad un collega più esperto), che, quindi, cagionavano l'evento lesivo occorso ad A., affetta da patologia già riconducibile in data 16.09.2015 ad un'emorragia subaracnoidea. I sintomi dalla stessa palesati, invero, avrebbero dovuto già far pensare alla possibilità di una patologia neurologica, ma questa non veniva minimamente presa in considerazione dai medici suddetti, che, perciò, non trattavano la paziente tempestivamente.

(...*Omissis*...)

A parere del Pubblico Ministero, poi, le condotte addebitabili a detti imputati sarebbero state sia omissive (omissione di accertamenti diagnostici indicati dalle linee guida) che commissive (somministrazione di terapia errata, errata refertazione della TC e dimissione anticipata), essendo stato introdotto un fattore di rischio aggiuntivo.

Con tali condotte si sarebbe, quindi, realizzato il rischio (rottura dell'aneurisma ed emorragia subaracnoidea) che le norme violate (le buone pratiche mediche e le linee guida in caso di ESA) avevano l'obiettivo di impedire. Nondimeno, ha osservato ancora il P.M., in caso di successione di posizioni di garanzia, come nel caso di specie, la presa in carico del bene protetto da parte di un determinato garante non viene meno per il solo fatto che vi siano altri soggetti gravati da autonomi obblighi impeditivi dell'evento. La responsabilità della B. e dell'A. non viene, quindi, meno per il solo fatto che successivamente altri sanitari avessero preso in carico la paziente. Il P.M. ha osservato, infatti, che quando ci sono più titolari di una posizione di garanzia, ciascuno è per intero destinatario dell'obbligo di tutela fin quando si esaurisce il rapporto che ha legittimato la singola posizione di garanzia.

L'accertamento del nesso di causa rispetto all'evento va, pertanto, compiuto con riguardo alla condotta ed al ruolo di ciascun titolare della posizione di garanzia nel singolo momento della presa in carico, dovendosi stabilire cosa sarebbe accaduto nel caso in cui la condotta dovuta da ciascuno fosse stata positivamente tenuta. Le condotte degli imputati B., A. e V. sono, pertanto, tutte ed equivalentemente causa dell'evento, non essendosi attivato alcun rischio eccentrico, nuovo ed esorbitante.

Nel caso in oggetto, una corretta raccolta anamnestica ed un'analisi critica accurata da parte di ciascuno dei sanitari ritenuti responsabili, avrebbero, per la Procura, con certezza evitato l'evento lesivo. Né, infine, sempre ad avviso del Pubblico Ministero, alcuna condotta successiva (quella del medico curante o quella dei medici INAIL che visitavano la donna), non introducendo alcun rischio eccentrico, era in grado di interrompere il nesso causale.

Il Pubblico Ministero ha chiesto, invece, l'assoluzione, ex art. 530 comma 2 c.p.p., dell'imputata G.M. perché il fatto non sussiste, ritenendo che non possa esserle mosso alcun tipo di censura in virtù del principio di affidamento, allorché la stessa, dopo aver opportunamente attuato i dettami delle linee guida se ne discostava confidando nella correttezza della diagnosi precedentemente formulata dai colleghi (in realtà errata), in costanza di analoga sintomatologia in capo alla paziente, e nella negatività della TC. In particolare, il P.M. ha ritenuto di poter escludere la responsabilità penale della G. applicando quella giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha stabilito che “laddove si verifichi una successione temporale di medici nella struttura ospedaliera, il principio dell'affidamento di un medico nell'operato del predecessore ha efficacia scriminante nel perdurare delle stesse condizioni e non nel mutare di esse a causa dell'insorgenza di nuovi elementi sintomatici, non esistenti in precedenza -e perciò, naturalmente, non rilevati dai colleghi precedentemente intervenuti- ma insorti successivamente nell'arco di tempo garantito con la propria assistenza” (v. Cass. n. 2774/1998, dep. 1999).

3. Le conclusioni dei Consulenti del Pubblico Ministero e dei Periti nominati dal Tribunale. (...*Omissis*...)

4. La tesi difensiva: le prove a discarico e le valutazioni mediche dei Consulenti delle difese. (...*Omissis*...)

5. La verifica dell'impostazione accusatoria.

Da tutto quanto sopra esposto emerge che il punto nevralgico di tutta la vicenda (con particolare riguardo alla posizione di B. e A.) è se la sintomatologia presentata da A.S. nel corso dei vari accessi al Pronto Soccorso dovesse indurre i sanitari che l'avevano in cura a compiere un'indagine diagnostica volta ad escludere l'esistenza di un'emorragia subaracnoidea.

Dall'esame dei medici escussi è in sostanza emerso che generalmente l'emorragia subaracnoidea da rottura di aneurisma si manifesta con una sintomatologia caratteristica: il paziente avverte bruscamente cefalea violenta, brutale, accompagnata da un grave malessere, sensazione vertiginosa, e da disturbi quali vomito, fotofobia e, talvolta, perdita di coscienza di breve durata. È altresì emerso che l'esame obiettivo neurologico in una buona percentuale dei casi non mette in evidenza segni neurologici, essendo necessari accertamenti strumentali (in primo luogo, TC encefalica). Si è discusso lungamente, inoltre, di una condizione clinica denominata "cefalea sentinella": è possibile che, un'emorragia subaracnoidea, dia, qualche giorno prima, un segno di sé, che si esprima con un dolore e altri sintomi neurologici, che si dileguano rapidamente ed il paziente riacquista il Suo pieno benessere, sembrando completamente guarito. Non è però infrequente la ripresentazione di un nuovo episodio emorragico che può ripetersi a breve distanza, e molto spesso ciò si verifica entro pochi giorni dal primo episodio: gli episodi successivi sono in genere più gravi del primo episodio e spesso si accompagnano a deficit neurologici e stato di coma, e molte volte si concludono con l'exitus del paziente. In mancanza di una corretta diagnosi nell'arco di giorni o di settimane è, quindi, frequente un sanguinamento "maggiore" con esiti molto spesso drammatici.

Per questo motivo, come sostenuto dalle linee guida, è indicato effettuare una valutazione neurologica ed eventuali esami strumentali in tutti i pazienti con cefalea inabituale ad esordio acuto e/o con tipo ed intensità del dolore non comune ed associata ad ulteriori segni neurologici.

Il "Multidisciplinary Group for Non Traumatic Headache in the Emergency Department" raccomanda, infatti, l'esecuzione di una TC cranica e, in caso di negatività, di una rachicentesi, in quei pazienti che giungono al Pronto Soccorso a seguito di una cefalea ad esordio improvviso o con segni neurologici, o con vomito o sincope all'esordio. Ciò consente il trattamento tempestivo tramite intervento chirurgico. L'importanza di una diagnosi precoce è, quindi, chiara: il ritardo diagnostico incrementa significativamente la mortalità e la morbilità. (...*Omissis*...)

È compito del medico chiedere con precisione al paziente di indicare il sito del dolore e valutare tutti gli elementi del caso concreto, non limitandosi a recepire le sue dichiarazioni e a dare per buona una sua eventuale "autodiagnosi" (non merita alcuno sforzo motivazionale la tesi secondo cui, essendo la parte lesa una farmacista con alcune cognizioni mediche, le sue dichiarazioni e valutazioni avevano maggior affidabilità e giustificavano una minor scrupolosità nell'indagine diagnostica). (...*Omissis*...)

La circostanza che una donna giovane e sana (nel referto la stessa B. ha riportato che non vi fossero "dati anamnestici di rilievo") improvvisamente avverta un intenso dolore (con sintomi neurologici correlati) e a causa di questo perda il controllo della sua vettura, doveva quantomeno far dubitare circa uno svenimento e la possibile esistenza di una patologia neurologica.

Si è a lungo discusso se la A. avesse perso i sensi o meno e se la B. ne fosse al corrente: la parte offesa ha dichiarato di aver riferito ai medici che perdeva coscienza e, ancora una volta, non si comprende perché non credere alle sue parole.

Inoltre, in data 27.09.2015, in occasione del terzo accesso al Pronto Soccorso, la stessa riferiva al medico accettante (così ha annotato la dott.ssa G. sul referto da lei stilato) di aver, nella circostanza ora in esame, perso coscienza: non si comprende, quindi, per quale motivo al sanitario che l'aveva in cura il 27.09.2015 avrebbe detto che il 16.09.2015 perdeva coscienza ed al medico che l'aveva in cura proprio quando aveva perso coscienza (il 16.09.2015) no. Tale elemento è, anzi, un indizio ulteriore che deve portare a ritenere che la persona offesa rappresentava anche alla dott.ssa B. il suo breve svenimento.

Ma, ancora, anche se la donna non avesse riferito a nessuno di aver perso coscienza, detta circostanza è dimostrata dal fatto che la stessa perdeva il controllo della sua vettura ed andava ad impattare contro altri veicoli; qualora avesse avvertito solo un dolore, avrebbe verosimilmente accostato. La perdita totale del controllo fa propendere maggiormente per la tesi secondo cui la parte lesa effettivamente avesse subito, quantomeno, un obnubilamento del sensorio e ciò doveva essere valutato dal medico accettante, che avrebbe dovuto diligentemente prendere, almeno, in considerazione questa ipotesi.

Le circostanze del caso concreto (sintomi, segni e modalità dell'incidente), secondo i Periti ed i Consulenti dell'accusa, con cui si concorda, erano, infatti, più che sufficienti per imporre al medico di effettuare ulteriori accertamenti diagnostici, che escludessero una patologia neurologica, così come prescritto dalle linee guida. (...*Omissis*...)

Il comportamento alternativo lecito (disporre l'effettuazione degli esami strumentali indicati) avrebbe con un alto grado di certezza evitato l'evento lesivo, in quanto un esame diagnostico per immagini avrebbe verosimilmente individuato la presenza di sangue nell'encefalo ed avrebbe permesso di curare la condizione in cui, come riferito dai medici escussi (né in alcun modo contestato), la persona offesa già si trovava. Tale ultimissima circostanza è ulteriormente dimostrata dall'accertamento, in data 02.10.2015 (quando veniva effettuata l'angiografia), dell'esistenza di uno spasmo arterioso, condizione che si presenta dopo svariati giorni dall'insorgenza di una emorragia (dai quattro ai quindici giorni dopo), rafforzandosi, quindi, la tesi (peraltro incontestata) secondo cui Arnaldo Simonetta già in data 16.09.2015 (e poi in data 22.09.2015) aveva subito un episodio di cefalea "sentinella" causata da sanguinamento cerebrale.

Le linee guida affermano che il primo esame da eseguirsi è una TC encefalo che evidenzia l'emorragia subaracnoidea in oltre il 90% dei casi.

Gli opportuni accertamenti avrebbero, quindi, evitato l'evento lesivo occorso alla parte lesa: l'aneurisma, come rappresentato dai Periti e dai Consulenti, risulta curabile attraverso diverse tipologie di intervento, normalmente per via endovascolare.

Alla diagnosi precoce ed all'utilizzo sui pazienti delle procedure terapeutiche sopra indicate consegue, infatti, un'ottima percentuale di sopravvivenza. La casistica media (ogni episodio va poi trattato come una fattispecie a sé stante) riportata nella Consulenza richiesta dalla Procura, indica come nelle persone operate con un grado patologico da I a IH della scala Hunt e Hess" (in tutti e tre gli accessi al PS si rientra nel grado I) si ha un recupero buono o eccellente totale nel 90-96% dei casi ed una conseguente bassa mortalità, mentre aggravandosi la patologia dal IV al V grado (cioè con evidenti segni neurologici e coma) la mortalità aumenta e la possibilità di recupero totale diminuisce (nel grado IV, i buoni risultati scendono al 60% e nel grado V, quale era la condizione

della A. all'ultimo episodio del 02.10.2015, la quasi totalità dei pazienti decede o rimane, come nel caso in oggetto, gravemente disabilitato ed i risultati buoni rappresentano l'eccezionalità).

Ne consegue che il trattamento adeguato, laddove iniziato nell'immediato, avrebbe garantito una buonissima probabilità di successo, in quanto un ritardo nel ricovero comporta un rischio per la vita del paziente.

La B., inoltre, a seguito dell'omissione degli opportuni accertamenti, ha altresì adottato una condotta commissiva imprudente, giacché somministrava alla paziente una terapia a base di FANS, rischiosa in casi di sanguinamento cerebrale (avendo proprietà antiaggreganti), e la dimetteva. (...*Omissis*...)

Con riguardo alla posizione di B. ed A., pertanto, riassumendo, ed in altri termini:

- l'esame degli atti, delle dichiarazioni rese dai testi, delle valutazioni espresse dai Periti e dai Consulenti permette di concludere che A. S. avesse avuto il 16 settembre 2015 ed il 22 settembre 2015 due episodi lievi di emorragia subaracnoidea, due casi di cefalea sentinella, causati dalla sacca aneurismatica che aveva alla carotide destra.
- Nessuno dei due medici che avevano avuto in cura A.S. aveva pensato di eseguire una T.C. cranica o altre specifiche analisi, motivo per cui agli atti del processo non esiste alcun documento fotografico che ritragga il versamento di sangue dalla sacca aneurismatica o lo stesso aneurisma anteriormente al 27.09.2015, giorno in cui, a seguito della terza crisi, la donna veniva sottoposta a T.C. cranica.

Il fatto che manchi una T.C. della situazione cerebrale di A. S. dal 16 settembre al 27 settembre 2015 ha reso più articolata l'illustrazione del caso in esame, ma non inficia il complessivo quadro probatorio emerso in sede dibattimentale.

La persona offesa, prima del 16.09.2015, aveva sempre goduto di buona salute, circostanza confermata dal referto del 16.09.2015, ove si indica che non vi erano dati anamnestici di rilievo.

L'episodio del 16 settembre 2015 è stato descritto come improvviso, estremamente forte e doloroso, di intensità così acuta da farle perdere i sensi per alcuni istanti e da non permetterle di controllare l'autovettura.

L'apparente giovamento al momento della dimissione era stato del tutto momentaneo giacché pochi giorni dopo, il 22.09.2015, la donna si recava una seconda volta al Pronto Soccorso per la comparsa, nuovamente, di sintomatologia neurologica.

Rispetto al quadro sintomatico riportato non sono state fornite indicazioni alternative rispetto alla diagnosi di E.S.A.. La cefalea (ricorrere il dolore ad una cervicgia, si è già visto, è frutto di un errore diagnostico e di una carente valutazione dei sintomi e dei segni del caso) è il primo forte mal di testa per la donna, è ad esordio improvviso, in un momento in cui la stessa stava compiendo un'azione priva di particolare stress (stava guidando per recarsi al lavoro). A.S., persona sana e giovane, ha una cefalea improvvisa e di tale intensità da farla svenire e farle fare un incidente stradale. (...*Omissis*...)

B., A. e V. hanno, quindi, eseguito una raccolta anamnestica superficiale o incompleta, pur potendo effettuare una diagnosi corretta e pur avendo avuto a disposizione strumenti tecnici tali da poter accertare senza ombra di dubbio la causa della patologia lamentata da A.S., così da riuscire anche ad individuare tempestivamente l'aneurisma cerebrale. È stato provato che era possibile individuare la corretta diagnosi con la necessaria perizia e diligenza e che le condotte in conseguenza omesse (accertamento con T.C., corretta lettura della T.C. e successivo intervento chirurgico) avrebbero potuto evitare l'evento lesivo (Cass. n. 28564/2005), in una donna descritta dal padre e dai testi di parte civile sana, vitale, sportiva ed impegnata nel suo lavoro.

L'istruttoria dibattimentale ha provato la sussistenza nel caso in esame della causalità giuridica richiesta per la pronuncia della penale responsabilità degli imputati suddetti, giacché proprio la violazione delle regole cautelari indicate dall'accusa in modo specifico (nella specie la negligenza nella diagnosi, gli omessi accertamenti ed interventi, l'imprudenza nella prescrizione di una terapia errata, l'imperizia nell'errata lettura delle immagini radiologiche e l'imprudenza nel non affidare la TC all'esame di personale più esperto) ed anche in modo generico (per la negligenza e la imperizia sotto la specie della incompleta o insufficiente anamnesi), hanno contribuito a cagionare l'evento (Cass. n. 28564/2005).

È emerso all'esito dell'istruttoria dibattimentale, con riferimento in particolar modo alle condotte omissive (non necessitandosi tale ragionamento per le condotte commissive, che hanno aggiunto un fattore di rischio) quell'alto grado di credibilità razionale richiamato in tema di colpa medica dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Cass. SS.UU. n. 30328/2002) e più volte ripreso dalla successiva giurisprudenza (Cass. n. 4177/2006; Cass. n. 10212/2004, Cass. n. 22568/2002), utile per ritenere che ove fosse stata eseguita una corretta diagnosi non si sarebbe verificato l'evento lesivo.

Ed invero "in tema di responsabilità per colpa medica di tipo omissivo, il riconoscimento del necessario nesso di causalità tra condotta ed evento, se da una parte non può basarsi su dati meramente statistici in ordine alle ipotetiche probabilità di successo dei mancati interventi diagnostici o terapeutici, non può, d'altra parte, neppure postulare il conseguimento di una certezza oggettiva risultante da elementi probatori assolutamente inconfutabili, dovendosi invece ritenere necessaria e sufficiente una certezza processuale, che il giudice può conseguire valorizzando tutte le circostanze del caso concreto, secondo un procedimento logico analogo a quello che presiede alla valutazione della prova indiziaria prevista dall'art. 192 comma 2 c.p.p., si da poter affermare la validità del proprio convincimento "al di là di ogni ragionevole dubbio" (Cass. n. 38334/2002). Inoltre, "il giudizio d'accertamento della responsabilità omissiva del medico deve essere ancorato a giudizi di carattere probabilistico non più e soltanto "statistici" ma anche logici. Il giudizio di probabilità logica è caratterizzato da una verifica aggiuntiva della credibilità dell'impiego della legge statistica al caso concreto, che si risolve in un'affermazione d'elevata credibilità razionale del risultato dell'operazione logica compiuta dal giudice, della quale la probabilità statistica è solo una componente. Il giudice, infatti, dopo il giudizio controfattuale compiuto in base alle leggi scientifiche di copertura deve eseguire anche una valutazione di tipo probabilistico - logico; per fare questo deve necessariamente abbandonare il metodo deduttivo che riproduce la sua ipotesi di ricostruzione dell'evento e fare ricorso alla ricerca induttiva, verificando l'applicazione delle leggi scientifiche esistenti alle caratteristiche del caso concreto portato al suo esame, per arrivare ad affermare l'esistenza del nesso di condizionamento non solo in caso di certezza vera o presunta, ma altresì in tutti i casi in cui questa conclusione sia assistita da un elevato grado di credibilità razionale" (Cass. n. 22568/2002). (...*Omissis*...)

Le condotte colpose descritte hanno quindi cagionato la verificazione di quel rischio che le linee guida e le buone pratiche mediche accreditate avevano lo scopo di impedire.

Le condotte omissive e commissive colpose suddette non elidono, poi, i reciproci profili di responsabilità dei tre medici, né vengono ad incidere sul nesso di causalità. Infatti, la circostanza che il dottor V. non abbia operato in modo tale da far sì che l'evento non si verificasse, non sgrava da responsabilità il dottor A. e la dottoressa B. che, se non avessero ommesso per primi quanto contestato loro, avrebbero potuto impedire l'evento stesso. In egual

misura la circostanza che la dottoressa B. non si sia attivata, impedendo l'evento, non sgrava da responsabilità il dottor A. ed il dottor V., che avrebbero potuto ancora evitare la propria condotta colposa ed il verificarsi dell'evento stesso.

La Corte di Cassazione ha sostenuto, infatti, che "in tema di causalità, non può parlarsi di affidamento quando colui che si affida sia in colpa per avere violato determinate norme precauzionali o per avere omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio alla omissione, con la conseguenza che qualora, anche per l'omissione del successore, si produca l'evento che una certa azione avrebbe dovuto e potuto impedire, esso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l'evento" (V. Cass. n. 692/2013, dep. 2014).

Ancora, "in caso di condotte colpose indipendenti non può invocare il principio di affidamento l'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, poiché la sua responsabilità persiste in base al principio di equivalenza delle cause, salva l'affermazione dell'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che presenti il carattere di eccezionalità e imprevedibilità" (Cass. n. 5003 8/2017) e, "in tema di colpa medica, in presenza di una condotta colposa posta in essere da Lm determinato soggetto, non può ritenersi interrutiva del nesso di causalità (art. 41, comma secondo, cod. pen.) una successiva condotta parimenti colposa posta in essere da altro soggetto, quando essa non abbia le caratteristiche dell'assoluta imprevedibilità e inopinabilità; condizione, questa, che non può, in particolare configurarsi quando, nel caso di colpa medica, tale condotta sia consistita nell'inosservanza, da parte di soggetto successivamente intervenuto, di regole dell'arte medica già disattese da quello che lo aveva preceduto" (Cass. n. 6215/2009, dep. 2010). (...*Omissis*...)

6. Conclusioni.

In conclusione, B., A. e V. devono essere ritenuti responsabili del reato ascritto e, ex art. 133 c.p. si stima equa la pena di mesi tre di reclusione: la gravità della colpa (elevata superficialità nella valutazione del quadro) e la serietà del danno, impone il discostamento, seppur minimo, della pena dai minimi edittali: il P.M. ha contestato lesioni gravi (malattia che ha comportato tm pericolo di vita e l'indebolimento permanente di un organo) e non gravissime.

Stante il grado della colpa e l'assenza di condotte riparatorie, unite alla non veridicità delle dichiarazioni fornite dagli imputati B. e A. (ove hanno sostenuto che la persona offesa non rappresentava loro di aver perso conoscenza) e alla contraddittorietà delle dichiarazioni dell'imputato V., non si ritiene vi siano ragioni per la concessione delle circostanze attenuanti generiche.

Agli imputati (B. e V. incensurati e A. con un unico precedente penale per cui non ha usufruito dei benefici di legge) possono essere concessi i benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna nel Certificato del Casellario Giudiziale.

Inoltre: l'azione civile esercitata dalle parti civili nel presente giudizio penale deve trovare accoglimento; A., a causa delle condotte sopra descritte, ha subito danni patrimoniali (oltre ad essere venuta totalmente meno la sua capacità lavorativa con conseguente perdita di guadagno derivante dalla cessazione della sua precedente attività di farmacista, essendosi dovuta licenziare) e non patrimoniali (biologico e morale, avendo anche riguardo al mutamento della sua vita di relazione), la cui liquidazione va rimessa, in assenza di prova del preciso ammontare, a separato giudizio civile. Nessuna prova in ordine alla quantificazione dei danni patrimoniali subiti è stata, invero, fornita, nonché in ordine al mancato guadagno da perdita del lavoro a cui va scomputata l'indennità

di accompagnamento per invalidità civile dalla stessa percepita mensilmente. Al contrario, in virtù delle tabelle del Tribunale di Milano vigenti, può pervenirsi alla quantificazione di una provvisoria per i danni non patrimoniali (biologico e morale) dalla stessa subiti. Anche i familiari costituiti hanno subito danni da stimarsi, nella loro totalità, in separato giudizio civile, con possibilità, anche qui, di prevedere la condanna ad una provvisoria immediatamente esecutiva. Occorre, a tal proposito, specificare che A., padre della parte lesa che si occupa quotidianamente di lei, P., madre della persona offesa deceduta nelle more del procedimento (nel 2019), e F.M., figlio della parte offesa e divenuto maggiorenne nel corso del processo, in virtù dello stretto legame familiare con la persona offesa, hanno sicuramente subito un danno, cd. "da perdita parentale".

La Corte di Cassazione civile, invero, ha ritenuto che il pregiudizio da perdita del rapporto parentale è un danno non patrimoniale iure proprio del familiare, ristorabile non solo in caso di decesso del congiunto, ma altresì quando il rapporto risulta gravemente leso a causa di irreparabili menomazioni psicofisiche, circostanza sicuramente intervenuta nel caso di specie (v. Cass. civ. n. 23469/2018). Secondo la giurisprudenza pacifica, i parenti stretti di un soggetto rimasto macroleso a seguito di un illecito hanno diritto al risarcimento del danno non patrimoniale quando la menomazione subita dal loro caro sia stimabile in un danno biologico permanente del 60%. Nel caso di specie tale danno è stato stimato dai Periti essere pari all'85%. Per il calcolo del risarcimento del danno da lesione parentale si utilizzano, come modalità di quantificazione unanimemente riconosciuta, le tabelle del Tribunale di Milano, così come per quanto riguarda il danno biologico. I valori monetari del danno non patrimoniale derivante dalla grave lesione del rapporto parentale sono gli stessi previsti dalle tabelle milanesi per la morte del congiunto. A., ex marito, della persona offesa, in quanto non avente più, all'epoca dei fatti, un legame affettivo stabile con la stessa, non può essere riconosciuto tale danno, dovendosi determinare il danno dallo stesso subito (di cui si dirà infra) equitativamente. In questa sede vanno riconosciute, quali provvisorie immediatamente esecutive. (...*Omissis*...)

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, visti gli artt. 533 e 535 c.p.p.

Dichiara B., A. e V. Responsabili del reato loro ascritto e li condanna alla pena di mesi tre di reclusione ciascuno, oltre al pagamento delle spese processuali.

Concede a B., A. e V. i benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna nel Certificato del Casellario Giudiziale.

Visti gli artt. 538 e ss. c.p.p. dichiara tenuti e condanna B., A. e V. e A.S.L. 2 Savonese, in persona del Commissario Straordinario dott. P.C., in solido tra loro, al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali in favore delle parti civili costituite da liquidarsi in separato giudizio civile, con condanna a titolo di provvisoria immediatamente esecutiva con riguardo al solo danno non patrimoniale (...*Omissis*...)

Visto l'art. 541 c.p.p. condanna B., A. e V. e A.S.L. 2 Savonese, in persona del Commissario Straordinario dott. P.C., in solido tra loro alla rifusione delle spese di costituzione e rappresentanza in favore delle parti civili A.P. e A.S. nella misura di € 6.156,00 ciascuna, oltre spese generali al 15%, IVA e accessori di legge, in favore delle parti civili F.M. e F.G. nella misura complessiva di Euro 8.002,80, oltre spese generali al 15%, IVA e accessori di legge. Visto l'art. 530 comma 2 c.p.p.

Assolve G.M. dal reato ascritto perché il fatto non costituisce reato. (...*Omissis*...)

Documenti

Problemi di legittimità costituzionale in tema di rapina impropria.

Valentina Zeccola

????????????????????????????

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze.* - 3. *La Corte Costituzionale ritiene non irragionevole l'equiparazione tra le due forme di rapina impropria.* - 4. *La differenza tra libertà e impunità.* - 5. *Il vero problema nell'ambito della rapina: impossessamento e sottrazione.* - 6. *Conclusione.*

Premessa.

Il delitto di rapina impropria propone ciclicamente dei problemi di costituzionalità e interpretativi. L'ultima discussione è ruotata intorno a un'eccezione di incostituzionalità proposta alla Corte, la quale ha ritenuto non fondate le questioni. (1) La Corte costituzionale, nel 2022 con sentenza n.260 dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'Art. 628, secondo comma, del Codice penale, sollevate, dal Tribunale di Firenze, in composizione monocratica, in riferimento all'Art. 3 della Costituzione.

Argomento in oggetto è il noto e problematico Art. 628, co. 2 c.p., il quale punisce "chi adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione della cosa mobile altrui per assicurarsi a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità".

Come è noto, l'Art. 628 prevede due ipotesi di rapina. Il primo comma punisce la rapina cosiddetta *propria*; in sostanza, nella rapina propria, la violenza o la minaccia alla persona sono antecedenti o contemporanee rispetto all'aggressione del patrimonio. Il secondo comma punisce la rapina cosiddetta *impropria*; in sostanza, prima si compie l'aggressione patrimoniale e dopo si realizza un'aggressione alla persona finalizzata all'impossessamento o all'impunità.

Per quel che riguarda la struttura, al pari del furto, la rapina consiste in un'aggressione unilaterale al patrimonio, ma a differenza del furto nella rapina si passa dall'aggressione al patrimonio all'aggressione alla persona.

Nel furto non vi è violenza o minaccia nei confronti della vittima. Non si può però affermare che nel furto si evita qualsiasi contatto con la vittima perché è bene ricordare che nel caso di furto con strappo, quello che viene definito "scippo", viene messa in atto una violenza, ma quest'ultima non è diretta alla persona. Si può passare alla rapina in poco tempo poiché basta il solo trascinarsi della vittima; quindi, è sufficiente che la violenza si sposti sulla persona per far sì che si configuri una rapina. Nella rapina, tra l'autore e la cosa, si frappone la vittima che detiene o comunque sorveglia la cosa e che, in quanto ostacolo attuale o potenziale, viene neutralizzata mediante la violenza o la minaccia.

La rapina si compone quindi di due aggressioni: una diretta alla persona e una diretta al patrimonio.

Nella rapina propria l'aggressione alla persona avviene in un primo momento al fine di compiere l'impossessamento del bene patrimoniale. In quella impropria l'aggressione interviene in un secondo momento e può avere due finalità alternative. Proprio questo è il punto affrontato dalla Corte costituzionale. (2) L'aggressione alla persona può tendere a consolidare l'of-

fesa al patrimonio oppure a conseguire l'impunità. È importante sottolineare che nella prima ipotesi è vivo un nesso strumentale tra aggressione al patrimonio e aggressione alla persona che invece si perde nella seconda. (3)

2. L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze.

Nel 2021 il Tribunale di Firenze si domanda se da un punto di vista sanzionatorio non si debba distinguere fra rapina impropria con dolo di possesso e rapina impropria con dolo d'impunità. Il caso di specie tratta di un imputato che, con l'aiuto di un complice, sottrae alcuni prodotti in vendita in un supermercato. All'uscita i due sono sorpresi da un vigilante che ne aveva monitorato i sospetti movimenti sin dall'ingresso. I due restituiscono immediatamente la refurtiva. Negli stessi istanti, mentre il complice riusciva a fuggire, l'imputato fermato dal vigilante viene invitato ad attendere l'arrivo della polizia. Se ci fermassimo qua e se l'agente non agisse più, ci troveremmo di fronte a un tentativo di furto, ma l'agente declina l'invito del vigilante ed inizia a minacciare e ad aggredire il sorvegliante per guadagnare la fuga, quindi agisce con dolo d'impunità. L'intento però non riesce grazie all'intervento del responsabile del supermercato, il quale è accorso in aiuto dell'addetto alla sicurezza. Il Tribunale di Firenze non ha dubbi e dichiara che si tratta di un tentativo di rapina impropria, in quanto l'imputato dopo aver sottratto la merce esposta in vendita adopera violenza o minaccia, in questo caso con il fine di procurarsi l'impunità e non con il fine di assicurarsi il possesso.

Il giudice fiorentino ritiene che la rapina impropria, qualora avvenga con dolo di impunità, sia meno grave rispetto alle altre ipotesi di rapina, ragion per cui, in base al principio di uguaglianza, reati di diversa gravità devono essere sanzionati con pene diverse. Il giudice *a quo* sostiene l'incostituzionalità della previsione che equipara la pena per la rapina impropria con dolo di impunità alle altre più gravi ipotesi di rapina. Il giudice toscano suggerisce di valorizzare la liceità o l'illiceità del fine perseguito dal reo. Un conto è commettere violenza o minaccia con dolo d'impossessamento, in questo caso sia il mezzo impiegato (violenza o la minaccia) e sia il fine perseguito (impossessamento del bene) sarebbero illeciti. Di conseguenza si ritiene irragionevole che la sanzione prevista dal legislatore sia identica a quella sancita per la rapina impropria con diversa finalità. Altro conto è commettere una rapina impropria con semplice dolo di impunità, in quanto qui il mezzo impiegato (violenza e minaccia) sarebbe illecito, ma il fine perseguito, ossia l'impunità sarebbe lecito. In questo caso una sorta di spirito di libertà animerebbe il reo a commettere violenza o minaccia dopo la sottrazione. (4)

La manifesta irragionevolezza della pena viene sostenuta anche attraverso il confronto con il delitto di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale, poiché l'Art. 336 c.p. differenzia la pena a seconda che il pubblico agente sia costretto a fare un atto contrario ai propri doveri oppure a compiere un atto conforme ai propri doveri; nel primo comma, la pena è più alta, in quanto la violenza e la minaccia sono usate per un fine illecito. Nel secondo comma invece, la pena è minore, in quanto la violenza e la minaccia vengono utilizzate con fine lecito; infatti, nel secondo comma "il fatto è commesso per costringere alcuna delle persone anzidette a compiere un atto del proprio ufficio o servizio, o per influire, comunque, su di essa.". Questo articolo dimostra che nonostante ci si trovi davanti ad una medesima condotta,

di per sé illecita, dal momento in cui il fine perseguito non è illecito, non vengono giustificati i mezzi, ma per il fatto che il fine è lecito vi è una valutazione di minor gravità.

3. La Corte Costituzionale ritiene non irragionevole l'equiparazione tra le due forme di rapina impropria.

Le questioni sollevate dal Tribunale di Firenze sono state dichiarate non fondate dalla Corte costituzionale. La Corte ritiene non manifestamente irragionevole, al metro dell'Art. 3 cost., le pene per la rapina impropria con dolo di impunità. Nella motivazione viene confutata la tesi del tribunale diretta a valorizzare la peculiarità del dolo specifico d'impunità quale tratto qualificante della rapina.

Con un riferimento al Tribunale di Torino, già nel 2020 la Corte costituzionale affermava che *“il tratto qualificante dalle previsioni conferite nell'Art. 628 cod. pen., è dato dal ricorso ad una condotta violenta o minacciosa nel medesimo contesto di tempo e di luogo di un'aggressione patrimoniale, e proprio per questo vale a giustificare la costruzione di un reato complesso”*. È vero che la scelta di equiparare la sanzione per tutte le ipotesi di rapina è una costante nel nostro ordinamento. È però altrettanto vero che della ragionevolezza di questa scelta normativa, si sia nel tempo dubitato. Nel 1877, alcuni senatori del Regno proposero di eliminare dal *progetto Mancini*, la fattispecie di furto violento nel caso in cui venga commesso con lo scopo di conseguire l'impunità.

L'esempio formulato dai senatori non è molto distante dalla vicenda che stiamo esaminando, avvenuta un secolo e mezzo dopo: *“la violenza, perché qualifichi il furto, deve avere per fine il lucro. Quando il fine è diverso (come esempigrizia la salvezza del reo) si avrà un reato distinto, ma non una vera circostanza aggravante o qualificante del furto. Ecco un esempio.*

Un ladro ruba una pezzola di tasca ad alcuno e scappa. Un carabinieri lo insegue per arrestarlo, e lo raggiunge, ma il ladro percuote il carabinieri, lo atterra e fugge. Ecco una violenza esercitata immediatamente dopo il furto per procurarsi la impunità. Ma chi vorrà dire che perciò il furto della pezzola è diventato furto violento? No davvero: vi sarà un furto con destrezza ed una resistenza alla forza pubblica” (5).

Secondo una parte della dottrina, non potrebbe contestarsi che diverso è il valore della violenza usata per impossessarsi e di quella per assicurarsi l'impunità. (6)

L'ordinanza del Tribunale di Firenze argomenta il minor disvalore del fatto sul peculiare finalismo della rapina impropria con dolo d'impunità, inteso quale anelito di libertà, che spinge il soggetto attivo a commettere violenza o minacce immediatamente dopo la sottrazione. Altro orientamento di contro, afferma che ha fatto bene il legislatore ad equiparare le due fattispecie. Nel caso della rapina l'autore è un soggetto che impiega la violenza o la minaccia, nel contesto di un'aggressione patrimoniale. Non è corretto distinguere la violenza in questo modo: la violenza deve essere punita in quanto essa è un comportamento rimproverabile, per qualsiasi tipo di ragione essa venga utilizzata. Non sarebbe eticamente corretto andare a punire più lievemente la violenza nel caso in cui la si utilizzi per sfuggire alle forze dell'ordine e per sottrarsi alla giustizia.

4. La differenza tra libertà e impunità.

La prospettiva del Tribunale non è corretta poiché sono diversi i concetti di libertà e di impunità. Il giudice fiorentino sostiene che la violenza deve essere punita più lievemente qualora venga utilizzata per procurarsi la libertà, ma dopo aver sottratto la cosa il soggetto utilizza la violenza non per procurarsi la libertà, ma per procurare a se stesso l'impunità. Sono due concetti

differenti. Un conto è se un soggetto scappa da un vigilante o agente di polizia, perché ha paura che quest'ultimo possa limitargli la libertà, un conto è se un soggetto fugge con violenza o minaccia, dopo aver commesso un reato, per non essere giudicato e per sottrarsi alle forze dell'ordine. L'aspirazione alla libertà può essere tutelata nel caso in cui il soggetto non abbia commesso reati, mentre nel caso in cui tenta di sottrarsi alle proprie responsabilità dopo aver fatto un reato, non parliamo più di libertà, ma di impunità. È legittimo che una volta commessa la rapina o anche solo il furto ci possano essere delle conseguenze restrittive della libertà; infatti, il soggetto deve/può essere arrestato in flagranza dalla polizia giudiziaria, addirittura a seconda dei casi anche dal privato cittadino. Il Tribunale offre una visione, a mio avviso, estrema del concetto di libertà perché equipara la libertà all'impunità ed esalta la volontà di sottrarsi a qualsiasi forma di restrizione indipendentemente se quest'ultima sia legittima o meno. La Corte costituzionale separa invece questi termini e afferma che l'impunità non può di certo essere paragonata alla libertà.

La rapina è un reato composto dalla fattispecie di furto (Art 624 c.p.) (7) e dalla violenza privata (Art 610 (8) c.p.). Le due figure autonome di reato vengono considerate quale unica fattispecie dal punto di vista normativo, disciplinatorio e ontologico, in quanto facenti parte di un *iter criminis* unitario. Sulla base di queste premesse credo che non sia corretto dividere la rapina impropria a seconda del fine per il quale si persegue la violenza o la minaccia. La violenza o la minaccia devono essere punite in entrambi i casi; nell'articolo 610 c.p. esse vengono punite ugualmente senza fare distinzione tra un fine lecito e un fine illecito. Dal punto di vista della vittima la violenza o la minaccia che vengano fatte per un motivo o per un altro, sono lesive allo stesso modo.

La Corte costituzionale, è bene ricordare, non può giudicare se una legge sia opportuna o meno, ma essa deve giudicare se sia manifestamente irragionevole, poiché la determinazione del relativo trattamento sanzionatorio è riservata alla discrezionalità del legislatore, le cui scelte sono sindacabili solo quando ci sia una manifesta irragionevolezza.

A sostegno della tesi sostenuta dalla Corte costituzionale, nel caso in esame, è giusto far riferimento anche all'art. 61. n. 2, il quale fa riferimento all'impunità. Il fatto di aver agito con violenza per procurarsi impunità in questo caso viene considerata un'aggravante e non un'attenuante.

5. Il vero problema nell'ambito della rapina: impossessamento e sottrazione.

Sulla base di quanto fin ora esaminato mi permetto di affermare che il vero problema non è l'equiparazione del dolo di impunità al dolo di impossessamento.

Nella rapina propria si fa riferimento all'impossessamento per la realizzazione della consumazione del reato, mentre per la rapina impropria è sufficiente la sottrazione per piena realizzazione di essa.

Se vi è solo una sottrazione, nella rapina propria si configura un tentativo, e non la consumazione del reato, come invece avviene per la rapina impropria. Si può quindi affermare che due situazioni uguali vengano trattate in modo diverso.

Alla luce dell'Art. 628 c.p. è necessario sottolineare che vi è lo stesso trattamento sanzionatorio per la rapina propria e per la rapina impropria, nonostante nella rapina propria, per far sì che essa venga consumata, debba esserci l'impossessamento; invece, nella rapina impropria, per far sì che si consideri consumata, è sufficiente che ci sia la sottrazione, ma non occorre l'impossessamento.

È bene mettere in evidenza che il termine sottrazione è diverso dal termine impossessamento. La sottrazione è qualcosa di meno, dunque la pena è molto più severa nei confronti dell'agente che realizza dopo una mera sottrazione una rapina impropria. In merito all'impossessamento vi è stato un cambiamento giurisprudenziale grazie alle Sezioni Unite del 2014 (9) le quali dichiarano che vi è il reato di furto consumato nel momento in cui l'agente, dopo aver sottratto la cosa, consegue l'impossessamento definito come disponibilità autonoma ed effettiva. Da ciò si può dedurre che la sottrazione vi è qualora l'agente sia per esempio sotto il controllo visivo delle telecamere o del proprietario, mentre l'impossessamento richiede un *quid pluris*, poiché per il raggiungimento di esso è necessario che l'autore del reato abbia la piena disponibilità della refurtiva. In passato, per lungo tempo si pensava che ai fini della consumazione del delitto di furto fosse sufficiente la sottrazione e non si coglieva la differenza.

In proposito è importante sottolineare che la Cassazione, in una recente sentenza (10), in caso di mera sottrazione seguita da violenza o minaccia per conseguire l'impunità ha sostenuto che ci si trovi in presenza di una rapina impropria consumata. Per la consumazione del reato di rapina propria non basta la sottrazione, ma deve esserci un impossessamento. Dunque, le stesse azioni poste in essere solo in tempi differenti, vengono punite in modo diverso, giacché, qualora ci sia la violenza o la minaccia e poi la sottrazione, ma non impossessamento, avremmo soltanto un tentativo di rapina propria; nel secondo caso, con la sola sottrazione e la violenza e minaccia sarà configurabile rapina impropria consumata e non tentativo. Sotto questo profilo appare irragionevole che nella rapina impropria vi sia maggior severità.

Sulla base di quanto detto fin ora, secondo chi scrive, si pone un problema di legittimità costituzionale ai sensi dell'articolo 3 della costituzione, il quale esprime il principio di proporzionalità, ragionevolezza e uguaglianza.

Credo che sarebbe corretto portare tale questione davanti alla Corte costituzionale.

6. Conclusione.

In estrema sintesi, ai sensi dell'Art. 628 è ravvisabile la rapina propria consumata qualora vi sia violenza o minaccia e in seguito l'impossessamento e rapina impropria consumata qualora vi sia solo sottrazione e in seguito violenza o minaccia per procurare a sé o ad altri impunità.

Ciò che, a mio avviso, dovrebbe essere oggetto di un controllo di ragionevolezza, è ai sensi dell'Art. 3 Cost. è il secondo comma dell'art. 628 (11) nella parte in cui si considera sufficiente la sottrazione della cosa.

La soluzione del problema, comunque, potrebbe essere raggiunta dal legislatore con un completo allineamento delle due figure di rapina, lasciando nel primo comma l'impossessamento per il raggiungimento della consumazione, ma ponendo una modifica nel secondo comma di modo che il raggiungimento della rapina impropria consumata la si realizzi con una condotta di impossessamento e non di mera sottrazione.

In caso di semplice sottrazione, la rapina, sia propria che impropria, rimarrebbe a livello di delitto tentato.

Note.

(1) Corte Cost. 20 dicembre 2022 n.260 pag. 6 in Gazzetta ufficiale, 21 dicembre 2022 afferma "Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 628, secondo comma, c.p. limitatamente alle parole «o per procurare a sé o ad altri l'impunità», e, in via subordinata, «nella parte in cui si applica anche all'ipotesi in cui il soggetto agente (immediatamente dopo la sottrazione), dopo il materiale recupero dei beni da parte della persona offesa, adopera violenza o minaccia al solo scopo di fuggire», dal momento che non è manifestamente irragionevole equiparazione del trattamento sanzionatorio disposta dalla norma censurata tra le due fattispecie di rapina cosiddetta impropria."

(2) Corte Cost. 20 dicembre 2022 n.260, in Gazzetta Ufficiale, 21 dicembre 2022.

(3) R. Bartoli, M. Pellissero, S. Seminara, Diritto penale lineamenti di parte speciale, 2020, capitolo VI, p. 341.

(4) Trib. Firenze, Ord. 12 luglio 2021, n. 187, in Gazzetta Ufficiale, cit., 2.5.

(5) Redazione della sottocommissione composta dai signori Senatori Baldassarre Paoli e Raffaele Conforti, in progetto del Codice penale del Regno d'Italia. Osservazioni e proposte di emendamenti delle sotto-commissioni sul secondo libro del Progetto Mancini, Roma, 1877, in part. 91-92.

(6) F. Antolisei, manuale di diritto penale. Parte speciale – I, Milano, 2016, pag. 541.

(7) Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri(3), è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 154 a euro 516 [625, 626, 649].

Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico [c.c. 814]

Il delitto è punibile a querela della persona offesa. Si procede, tuttavia, d'ufficio se la persona offesa è incapace, per età o per infermità, ovvero se ricorre taluna delle circostanze di cui all'articolo 625, numeri 7, salvo che il fatto sia commesso su cose esposte alla pubblica fede, e 7-bis).

(8) Chiunque, con violenza[581] o minaccia(1), costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa(2) è punito con la reclusione fino a quattro anni(3).

La pena è aumentata [64] se concorrono le condizioni prevedute dall'articolo 339.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità, ovvero se ricorre la circostanza di cui al secondo comma.

(9) Cass., Sez. un., 17.7, 16 dicembre 2014 n. 52117 in Cass. pen.

(10) Cass. Pen., Sez., 23 settembre 2022 n.35917 in Diritto, giustizia Online Nel caso di specie i due imputati prelevavano della merce dagli scaffali di un supermercato e successivamente la nascondevano in una borsa e dopo aver fatto ciò si recavano presso l'uscita, ma un addetto alla vigilanza, verificato il mancato pagamento, ferma i due subito dopo le casse. Il vigilante si qualifica e invitava i due presunti ladri a seguirlo. A questo punto i due spingono il vigilante (è presente quindi l'elemento della violenza), lo minacciano per fuggire via, ma vengono fermati. In primo grado, il tribunale qualifica il caso come un tentativo di rapina impropria, visto che i due non sono mai entrati nella sfera dell'impossessamento perché non vi era mai stata la perdita del controllo su di essi. La cassazione qualifica il caso in termini di rapina impropria consumata

(11) "Alla stessa pena soggiace chi adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità".

Sezione di deontologia forense

Massimario

Consiglio Distrettuale di Disciplina Genova, 28 giugno 2022, n. 72 - Pres. Simeone - Rel. De Santis.

MODUS OPERANDI DEL DIFENSORE - comportamento dilatorio - inadempimento - valutazione ai fini della sanzione - criteri.

(Artt. 9, 27.6 e 33 CDF)

Il comportamento negligente dell'incolpato e la sua responsabilità disciplinare per i fatti contestati: inadempimento al mandato e mancata restituzione di documenti, è anche avvalorato dal suo modus operandi sia nella gestione dell'intero rapporto professionale intercorso sia dal suo atteggiamento processuale meramente dilatorio. (Nel caso concreto all'incolpato Veniva irrogata la sanzione della sospensione per due mesi).

Consiglio Distrettuale di Disciplina Genova, 28 giugno 2022, n. 71 - Pres. Simeone - Rel. De Santis.

INFORMAZIONE a soggetti terzi al rapporto professionale - mancata informazione - responsabilità disciplinare - sussiste.

(Artt. 9, 12, 26.3, 27.6 e 33 CDF)

COMPORTEMENTO processuale - mancata consapevolezza dei propri obblighi- violazione principi generali.

(Artt. 9, 12, 26.3, 27.6 e 33 CDF)

RAGIONEVOLE dubbio - responsabilità disciplinare-esclusione.

(Artt. 9, 12, 26.3, 27.6 e 33 CDF)

Le giustificazioni dell'incolpato quali (solo a titolo di esempio) la scelta condivisa con soggetti terzi al rapporto professionale instaurato con la parte assistita di rimandare sine die in attesa di una giurisprudenza locale "più favorevole" per instaurare la causa senza informare la parte assistita, ottenerne il consenso e/o rinunciare al mandato in caso negativo, integrano le violazioni dell'art. 26.3 e dell'art. 27.6 del codice deontologico. (Nel caso concreto veniva irrogata la sanzione della sospensione per due mesi).

Il comportamento negligente dell'incolpato, le sue mancanze di riscontro alle richieste della emergono non solo dalle risultanze istruttorie e dibattimentali di per sé sufficienti, ma trovano conforto anche dalle stesse difese dall'incolpato che adombrano anche una mancata consapevolezza, in capo all'Avvocato, di quali siano effettivamente quei basilari principi di diligenza, indipendenza, lealtà e correttezza previsti dalla legge forense (e dall'art. 9 e 12 del codice deontologico) verso la parte assistita. (Nel caso concreto veniva irrogata la sanzione della sospensione per due mesi).

Gli indizi di prova, insieme alla valutazione complessiva dei fatti, possono insinuare quel ragionevole dubbio sulla piena sussistenza di responsabilità disciplinare per le specifiche violazioni deontologiche contestate e pertanto, per tali specifici fatti, l'incolpato va esente da responsabilità disciplinare. (Nel caso concreto veniva irrogata la sanzione della sospensione per due mesi, ad esclusione dei fatti in cui permaneva un ragionevole dubbio sulla piena responsabilità).

Consiglio Distrettuale di Disciplina Genova, 5 luglio 2022, n. 69 - Pres. Quattrone - Rel. De Santis.

AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO - comportamento negligente - trascuratezza- affidamento terzi - responsabilità disciplinare - sussiste.

(Artt. 9, 21 e 22 CDF)

La condotta negligente tenuta dall'incolpato non è solo indice di trascuratezza dei propri obblighi, ma i continui impegni non mantenuti, rilevano un abuso nel suo incarico e nella funzione di amministratore di sostegno tradendo così la fiducia concessa. Il comportamento negligente dell'Avvocato/Amministratore di sostegno, si pone in grave contrasto con quei principi di diligenza, probità, dignità, e decoro della professionale forense cui lo stesso incolpato appartiene, con grave lesione non solo della propria reputazione personale, ma anche dell'affidamento dei terzi e della stessa magistratura che gli ha dato fiducia (Nel caso concreto, la Sezione ha irrogato la sanzione della sospensione dall'esercizio della professione per sei mesi).

Consiglio Distrettuale di Disciplina Genova, 7 giugno 2022, n. 64 - Pres. Quattrone - Rel. De Santis.

FURTO - proscioglimento per tenuità del fatto in sede penale - valutazione disciplinare - determinazione in concreto sanzione.

(Art. 9 CDF)

Il furto commesso dall'Avvocato è un grave illecito disciplinare, contrario ai doveri di probità, dignità, decoro e correttezza. L'esigua entità delle somme sottratte, valutata in sede penale ai fini del proscioglimento dell'Avvocato per tenuità del fatto, non rileva nella valutazione autonoma del giudice disciplinare e nella determinazione della sanzione disciplinare da irrogare in quanto tale condotta è da ritenersi deontologicamente grave ed idonea a ledere non solo il prestigio personale dell'incolpato, ma anche l'immagine dell'intera classe forense. Tale condotta merita l'applicazione di una sanzione sostanziale, non sussistendo i presupposti per l'applicazione di una sanzione formale. (Nel caso concreto, l'avvocato prelevava dalla cassa di un esercizio pubblico la somma di Euro 50,00. Veniva irrogata la sanzione della sospensione dall'esercizio della professione per due mesi).

Documenti

Deontologia forense in mediazione.

Fabio De Santis*

Avvocato del Foro di Massa

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *I termini della questione.* - 3. *L'avvocato che assiste la parte in mediazione.* - 4. *L'avvocato mediatore.* - 5. *Conclusioni.*

1. Premessa.

Quando si affronta il tema della deontologia in mediazione non si può prescindere dalla conoscenza della normativa in materia di mediazione (D.lgs n.28/2010 e D.M. 180/2010 e successive modifiche), del codice europeo di condotta per mediatori, dei codici etici e dei regolamenti dei singoli organismi di mediazione, nonché per l'Avvocato coinvolto nella procedura di mediazione, della Legge Forense n.247/12 e ovviamente del nostro codice deontologico.

Sembra scontato che per comprendere e operare correttamente "nella" procedura di mediazione, occorre innanzitutto conoscere appieno la sua "essenza e struttura" per poter poi cogliere quale sia la giusta funzione e ruolo dell'avvocato nella stessa. Purtroppo, ancora oggi, la scarsa dimestichezza che alcuni avvocati hanno con l'istituto della mediazione, sia per una negativa esperienza sia per la mancata conoscenza delle sue regole, fanno sì che la procedura della mediazione fallisca ancor prima di iniziare, rimanendo così invisibile a molti.

Con questo non si vuole sostenere che la mediazione sia la cura di tutti i mali, ma semplicemente si vuole affermare che a tutela del cliente, occorre conoscerla e saperla affrontare, con competenza e diligenza come tutti gli altri strumenti che l'ordinamento mette a disposizione dell'avvocato.

La competenza è un requisito imprescindibile e fondamentale per esercitare la professione dell'avvocato.

2. I termini della questione.

Al fine di delimitare il nostro tema e tracciare il nostro percorso occorre ricordare necessariamente, in sintesi, la *struttura, i ruoli e funzioni* dei singoli *oggetti* coinvolti nella procedura di mediazione

Le parti in conflitto si rivolgono all'organismo di mediazione, instaurando così un rapporto contrattuale tra i medesimi, per l'erogazione di un servizio: la procedura di mediazione. L'organismo di mediazione una volta attivato, nomina un mediatore e si instaura così anche tra l'Organismo e il mediatore un rapporto contrattuale per prestazione d'opera intellettuale, e in virtù di tale rapporto, il mediatore svolgerà a favore delle parti e su incarico dell'Organismo, la procedura di mediazione. Come si può immediatamente comprendere la struttura della procedura di mediazione, così come delineata, ha le sue peculiarità con specifici e diversi rapporti e obblighi tra le parti coinvolte. Tali rapporti diversi, a carico dei soggetti coinvolti

nella procedura, incidono anche su eventuali e diverse impunitività e responsabilità (civili) dei singoli soggetti interessati nella procedura.

Altro aspetto, da non sottovalutare e su cui la mediazione può naufragare inesorabilmente, è la mancata presa di coscienza del ruolo e della funzione che l'avvocato ha nella mediazione.

È noto a tutti gli avvocati che la funzione del "difensore" nel giudizio è quella di illustrare e provare la fondatezza dei diritti e delle tesi del proprio cliente al giudice per ottenere così una sentenza a sé favorevole e/o il rigetto delle tesi e delle domande avversarie. Meno nota e/o non metabolizzata invece è il ruolo e/o la funzione dell'avvocato nella mediazione: l'avvocato in mediazione non deve convincere il mediatore, non deve dimostrare e/o provare le sue tesi e/o i suoi diritti, ma dovrà "convincere" o meglio "negoziare" con l'altra parte (e l'avvocato della stessa) al fine di trovare (insieme) la migliore soluzione che soddisfi entrambe le parti coinvolte.

Mentre l'avvocato in mediazione non rappresenta la parte, ma la assiste, la sua funzione non è semplicemente quella di "accompagnare" la parte in mediazione e poi gestire la procedura come se fosse in giudizio (dove il solo protagonista è l'avvocato): l'avvocato ha il compito di preparare e istruire il cliente per la mediazione, essere di supporto e di ausilio nello svolgimento della procedura ed infine intervenire per una migliore e corretta formalizzazione dell'eventuale accordo a fine procedura.

3. L'Avvocato che assiste la parte in mediazione.

Nella mediazione obbligatoria, quale condizione di procedibilità per il giudizio, l'assistenza dell'Avvocato è obbligatoria; va da sé che l'avvocato che assiste la parte (1) in mediazione, dovrà sempre agire e rispettare quei principi generali di probità, dignità e decoro, diligenza e competenza (art.9 CDF) dell'Essere Avvocato.

In particolare l'avvocato che assiste la parte in mediazione lo dovrà fare con la diligenza (art. 12 CDF) e la competenza necessaria (art. 14 CDF) in quanto l'accettazione di un incarico professionale, non solo giudiziale ma anche stragiudiziale com'è la redazione di un contratto e/o l'assistenza in mediazione, "presuppone la competenza a svolgerlo" (art. 26.1 CDF).

Ricordiamo che per poter adempiere correttamente al mandato ricevuto, il nostro codice forense prevede all'art. 26.2 che "*L'avvocato, in caso di incarichi che comportino anche competenze diverse dalle proprie, deve prospettare al cliente e alla parte assistita la necessità di integrare l'assistenza con altro collega in possesso di dette competenze.*" Mentre al comma terzo, stessa norma, sottolinea che "*Costituisce violazione dei doveri professionali il mancato, ritardato o negligente compimento di atti inerenti al mandato o alla nomina, quando derivi da non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita.*"

Nondimeno succede spesso che avvocati a cui la parte si affida, partecipano alla procedura di mediazione senza comprendere quale sia il loro ruolo e la loro funzione confondendola con il processo che non è!

Alcuni avvocati, seduti al tavolo della mediazione esordiscono con gran *pathos* da far sobbalzare il cliente annichilito al suo cospetto e soddisfatto di un cotanto difensore: "*le posizioni*

* Mediatore iscritto presso l'Organismo di conciliazione della CCIAA Toscana Nord-Ovest sede di Massa Carrara e formatore per l'Ente di Formazione: *Fondazione Scuola Forense "Alto Tirreno"* iscritto al n. 472 del registro degli Enti Formatori del Ministero della Giustizia.

sono troppo distanti, questa mediazione non ci riconosce i nostri diritti che possono essere tutelati solo in giudizio!!!” Tale atteggiamento (poi portato all’attenzione del Consiglio di disciplina) conferma soltanto una scarsa conoscenza della procedura di mediazione, del suo oggetto e il fatto che l’avvocato non sappia “gestire” la procedura di mediazione e/o assistere correttamente quella parte che gli ha dato piena fiducia. Purtroppo tale atteggiamento di sufficienza nei confronti della procedura di mediazione - che viene osteggiata quale mero passaggio imposto dalla legge per procedere in giudizio - è il frutto della scarsa conoscenza dell’istituto.

Eppure “L’avvocato, all’atto del conferimento dell’incarico, deve informare chiaramente la parte assistita della possibilità di avvalersi del procedimento di negoziazione assistita e, per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge” (così Art. 27 comma 3 CDF - Doveri di informazione) (2).

L’obbligo di informare chiaramente e per iscritto la parte assistita sulla procedura di mediazione, non può consistere - per l’avvocato- in una mera formalità, ovvero una sottoscrizione su un modulo prestampato. Tale obbligo di informazione comporta necessariamente che l’avvocato abbia una familiarità, o meglio una competenza specifica e un aggiornamento continuo (ex art.15 CDF) sulla procedura di mediazione (in continua evoluzione), diversamente, sin dall’atto del conferimento dell’incarico, l’avvocato resterà inesorabilmente inadempiente verso la parte assistita.

Infatti, l’avvocato deve informare, chiarire e spiegare alla parte la procedura di mediazione per poi lavorare con la parte stessa al fine di prepararla “a negoziare” nella procedura di mediazione; successivamente assisterla in mediazione ed infine essere il suo consulente nella formazione e stesura dell’accordo, se raggiunto.

L’Avvocato deve essere il consulente della parte, il suo punto di riferimento, non è il suo rappresentante né di fatto il suo sostituto.

È utile qui richiamare la Legge Forense, che all’art. 2 comma 5 individua quali siano le attività esclusive dell’avvocato. Le attività ivi indicate sono l’assistenza, e a seguire, la rappresentanza e la difesa nei giudizi e nelle procedure arbitrali rituali. In particolare, l’avvocato nella sua funzione sociale, delineata dal nostro ordinamento, è (anche) un professionista che assiste la parte per prevenire i conflitti sociali e non solo il difensore dei diritti “nel processo” come molti colleghi erroneamente ritengono... Tale principio è delineato anche dal codice deontologico degli Avvocati Europei, che nel suo preambolo art.1.1 (La funzione dell’avvocato) sottolinea... “L’avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere”.

La funzione di consulenza ed assistenza della parte (diversa dalla rappresentanza in giudizio) è sempre stata congenita alla figura, ruolo e professione, dell’Avvocato.

La funzione “processuale” dell’avvocato ovvero l’esercizio della difesa tecnica nel giudizio, non può essere “confusa” con la funzione (più ampia) e il ruolo dell’avvocato che assiste la parte, come sostenuto dai “detrattori” della procedura. Sarebbe sufficiente ricordare a tali professionisti che fino al 1997, c’erano i procuratori legali - che rappresentavano la parte in giudizio - con competenze diverse e limitate rispetto a quelli che erano... gli avvocati.

Ovviamente l’avvocato che assiste la parte in mediazione, oltre che con il cliente, per svolgere il suo compito, dovrà rapportarsi non solo con l’altra parte e il suo avvocato, ma soprattutto con il mediatore.

Ove quest’ultimo sia un avvocato va da sé che il rapporto debba essere ispirato a correttezza e lealtà come sancito dall’art. 19 del codice deontologico, anche se il nostro codice (con il combinato disposto dell’art. 53 e 54 del CDF) (3) impone “che i rapporti con i mediatori devono essere improntati a dignità e a reciproco rispetto, salvo casi particolari, non deve interloquire con il mediatore in merito al procedimento in corso senza la presenza del collega avversario, ed infine non deve approfittare di rapporti di amicizia, familiarità o confidenza con i mediatori per ottenere o richiedere favori e preferenze, ne ostentare l’esistenza di tali rapporti”. Ciò nonostante, si vedono avvocati che affrontano la procedura, o meglio l’incontro di mediazione, rapportandosi con i soggetti coinvolti, come se fossero a prendere un caffè al bar, o all’ippodromo, ritenendo che in assenza di qualsiasi “formalità” sia lecito tale comportamento, o peggio, a dispetto dei ruoli e delle regole, “confondendo” l’informalità e la riservatezza della procedura, si arrogano una sorta di licenza per derogare a quei basilari principi di probità e dignità che contraddistinguono l’avvocato dal *quisque de populo* ... Infatti, capita che alcuni avvocati apparendo poco competenti, se non poco professionali, rendendosi persino indisponibili, si presentano all’incontro di mediazione (senza la propria parte), chiedendo un rinvio all’altro avvocato al fine di discutere della questione per trovare un accordo, al di fuori della mediazione per “risparmiare i costi della procedura”, affermando “non credo alla mediazione... possiamo risolvere il problema tra di noi!” o meglio “... ho presentato la domanda giusto per perdere tempo, perché il mio cliente non ha ragione! Lo dico, tanto in questa sede è tutto riservato!” compiacendosi così di quanto appena affermato sia alla presenza del mediatore sia dell’altra parte accompagnata del suo avvocato.

È inutile ricordare che le responsabilità e gli obblighi dell’avvocato permangono in ogni sua attività professionale (come nella vita privata) non ammettendo deroghe, né tanto meno da una cosiddetta *informalità* della procedura di mediazione.

4. L’Avvocato Mediatore.

L’avvocato, nella procedura di mediazione, può essere coinvolto non solo come avvocato che assiste la parte, ma anche come avvocato che svolge per l’organismo di mediazione la procedura di mediazione, ovvero quale avvocato mediatore. Sul presupposto che “l’avvocato è uomo di parte, il mediatore uomo di pace” (4), sembrerebbe che, da una sbrigativa e superficiale prospettiva, i ruoli e le funzioni di avvocato e di mediatore, siano non ontologicamente conciliabili anche se gli avvocati iscritti all’albo sono di diritto mediatori (5).

In verità l’affinità e sovrapposibilità della funzione di mediatore e avvocato (più di altre professioni) è dovuta più all’essenza e ai principi dell’Avvocato, che al riconoscimento “di diritto”

Infatti, ritengo che gli avvocati “mediatori di diritto” *de plano*, siano da considerarsi “mediatori dormienti”, perché esserlo di diritto, una volta terminati gli studi ed essere iscritti all’Albo, non significa che possano “essere” o “saper essere” mediatori. L’avvocato non può essere competente di diritto in materie e procedure che non ha mai svolto e/o approfondito, tanto più in quelle procedure e tecniche di mediazione, materie sconosciute, sino a pochi anni orsono, dai programmi di studi universitari di giurisprudenza.

L’avvocato mediatore (così come l’avvocato che assiste la parte in mediazione) deve avere specifiche competenze non solo giuridiche, ma anche in tecniche di comunicazione, di gestione del conflitto, di scienze psicosociali.

Infatti il mediatore, al fine di svolgere correttamente la sua

funzione, deve saper *in primis* comunicare con gli avvocati che assistono le parti, con le parti stesse e ciò sia al fine di chiarire (6) alle stesse le funzioni e le modalità della procedura, sia condividere il ruolo dei singoli soggetti coinvolti nella procedura stessa.

La comunicazione si rivela fondamentale per ottenere sia il consenso (informato) dalle parti, illustrare le modalità della procedura, per formulare un'eventuale proposta, per spiegarne le eventuali conseguenze e la sua incidenza (in caso di una eventuale non accettazione) sulle spese processuali (7), nonché prevenire anche eventuali (ed inutili) prese di posizioni durante la procedura come ad esempio su "come" e "cosa" verbalizzare.

Con la comunicazione il mediatore, ricordando alle parti e agli avvocati, quelle pochissime regole (che dovrebbero essere conosciute e rispettate) di una procedura di mediazione, condivide la gestione della procedura, togliendo così dal campo eventuali ostacoli e riserve procedurali.

Dovrebbe essere assodato che nella procedura di mediazione, proprio per quel principio cardine di riservatezza, non si possano verbalizzare deduzioni ed eccezioni di merito, eppure ancora oggi, abbiamo avvocati (e parti) che vorrebbero far inserire le loro "proposte" e/o verbalizzare le loro contestazioni e deduzioni, come se si fosse in un'aula di Tribunale... Chiarire quindi alle parti e condividere insieme alle stesse le regole della procedura, già nel primo incontro, mettendosi a disposizione, se necessario (8), per chiarire cosa sia possibile verbalizzare nella procedura di mediazione (quasi nulla) eviterebbe e troncherebbe sul nascere, nel proseguo, qualsiasi discussione sul punto. Tali conflitti (virtuali) sulle "regole procedurali" potrebbero creare soltanto una fase di stallo e/o interrompere una procedura per esempio su un'inutile (e non ammessa) verbalizzazione delle proprie posizioni.

Tali competenze e/o conoscenze non si acquisiscono *di diritto*, tanto è che gli Avvocati iscritti ad organismi di mediazione (9) quali mediatori, devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 62 del codice deontologico forense (10).

La competenza è un requisito essenziale del mediatore come lo è per l'Avvocato, ciò emerge chiaramente dalla normativa in materia, sia per "essere" mediatore sia per svolgere correttamente il proprio ruolo (11).

Come già accennato, il mediatore per essere tale deve essere formato adeguatamente e mantenere ed aggiornare costantemente la propria preparazione, oltre che in materie giuridiche anche in tecniche di comunicazione e di composizione di conflitti.

La sua competenza emerge però sin dal suo conferimento dell'incarico in quanto deve rifiutare la nomina qualora non si ritenga sufficientemente qualificato. Fondamentale la sua competenza altresì per il rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico degli accordi che le parti andranno a siglare, della liceità degli stessi e/o della loro regolarità formale. È pacifico che il mediatore si debba distinguere per la sua imparzialità intesa come esser "equi prossimo" dalle parti, ovvero vicino in ugual misura ad entrambe le parti.

A tal proposito al mediatore è fatto obbligo di sottoscrivere, al conferimento dell'incarico da parte dell'organismo, una dichiarazione di imparzialità e ha l'obbligo "d'informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione" mentre ove fosse messa in dubbio l'imparzialità del

mediatore, "su istanza di parte, il responsabile dell'Organismo provvede alla sua eventuale sostituzione" (12).

Strettamente collegata all'imparzialità del mediatore è la sua indipendenza (13), da intendersi come sua neutralità nella questione e assenza di qualsiasi interesse e ciò (e soprattutto) anche sull'esito della procedura. Il compito del mediatore è quello di "adoperarsi" affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia, (14) non quello di "fargli sottoscrivere" un accordo.

Come già segnalato, la riservatezza è un elemento indispensabile, come lo è per la professione dell'Avvocato (15), non solo per una proficua collaborazione e fiducia tra mediatore e parti, ma è vitale per lo svolgimento della procedura di mediazione stessa. Sul tema della riservatezza il D. lgs n.28/2010 detta due specifiche norme l'art. 9 "Dovere di riservatezza" e l'art. 10 "Inutilizzabilità e segreto professionale".

Dal quadro normativo, dettato per la procedura di mediazione, emergano varie peculiarità e "sfaccettature" del principio di riservatezza, che però non dimentichiamo, non escludono mai quell'obbligo per "Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o partecipa al procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo." (16)

Tale norma non fa altro che richiamare, per gli avvocati, "quel massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese ... nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali" previsto dall'art. 13 del codice deontologico forense a cui, ogni avvocato, in adempimento al proprio mandato, è comunque tenuto.

Nondimeno, alcuni avvocati, riportano in atti processuali quanto accaduto e appreso in mediazione, chiedendo persino su tali fatti la testimonianza del mediatore stesso! Questi avvocati "dimenticano" che oltre a violare il precetto normativo (dettato per la procedura di mediazione), violano, a monte, quei basilari canoni deontologici dettati per la salvaguardia e il regolare svolgimento della funzione sociale a cui l'avvocato è chiamato oltre a mettere in discussione la propria affidabilità e credibilità agli occhi della collettività. La sanzione (editale) della censura (17) per tali violazioni, è più che motivata.

È onere del mediatore chiarire e sottolineare come il legislatore, in tema di mediazione, richiama dapprima quella riservatezza ("massimo riserbo" per gli avvocati) sui fatti e dichiarazioni apprese da "chiunque" nella mediazione verso l'"esterno" della procedura (primo comma art. 9 Dlgs 28/11) per poi soffermarsi (al secondo comma art. 9 Dlgs 28/10) sulla cd. riservatezza interna alla procedura, ovvero quella riservatezza relativa alle informazioni apprese nelle sessioni separate (o private con le parti) sottolineando che "salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti". Il quadro si chiude con l'art. 10 del Dlgs 28/10 che rafforza quel principio della riservatezza sottolineando l'inutilizzabilità delle dichiarazioni e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né è ammissibile la prova testimoniale, né il giuramento decisorio.

Il mediatore non può essere tenuto a deporre quale teste (circostanza che sarebbe comunque vietata dall'art.51 del codice deontologico forense per l'Avvocato Mediatore) estendendo al mediatore (anche se non avvocato) quelle garanzie sul segreto professionale dettate per il difensore e sancite dall'art. 103 e 200 del codice di procedura penale.

Dopo questo breve excursus degli obblighi del mediatore (in generale), appare evidente come tali obblighi e principi e

contraddistinguono il mediatore (professionista), siano i medesimi che ritroviamo nel DNA dell'avvocato che, adeguatamente formato, è il soggetto più idoneo a svolgere la funzione e il ruolo di mediatore.

Per concludere, occorre anche ricordare che il nostro codice deontologico forense prevede espressamente che l'avvocato (che svolga la funzione di) mediatore deve rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia e le previsioni del regolamento dell'organismo di mediazione, nei limiti in cui queste ultime previsioni non contrastino con quelle dello stesso codice forense (18) che, come detto, fissa gli stessi principi e requisiti dettati per il mediatore professionista.

Il nostro codice deontologico, però, detta anche ulteriori e specifiche norme per il mediatore avvocato che appaiono ancora più stringenti di quelle generali.

Infatti, il comma 3 dell'art. 62 del codice deontologico forense prevede che

L'avvocato non deve assumere la funzione di mediatore:

a) se abbia in corso o abbia avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti;

b) se una delle parti sia assistita o sia stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che eserciti negli stessi locali.

In ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di ricusazione degli arbitri previste dal codice di rito.

A tal proposito, si evidenzia che le ipotesi (tassative) di ricusazione degli arbitri (previste dall'art.815 cpc) garantiscono la terzietà dello stesso e la sua imparzialità e indipendenza agli interessi delle parti. Si sottolinea che la prima ipotesi di ricusazione (ex art.815 cpc) si ha se (il mediatore) *"non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti"*, ovvero, in altre parole, non abbia quelle specifiche competenze in materia.

Mentre il comma 4 (dell'art. 62 CDF) prevede, ulteriori obblighi successivi alla chiusura della mediazione infatti,

L'avvocato che ha svolto l'incarico di mediatore non deve intrattenere rapporti professionali con una delle parti:

a) se non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento;

b) se l'oggetto dell'attività non sia diverso da quello del procedimento stesso.

Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino negli stessi locali.

Tale ultimo obbligo è ancora più rigoroso rispetto a quello previsto per il conflitto d'interessi (art. 24.5 CDF) poiché non prevede per quei professionisti che esercitino negli stessi locali, l'ulteriore condizione che gli stessi *"collaborino professionalmente in maniera non occasionale"*.

Mentre il comma 5 (dell'art. 62 CDF) non consente all'avvocato *"che l'organismo di mediazione abbia sede, a qualsiasi titolo, o svolga attività presso il suo studio o che quest'ultimo abbia sede presso l'organismo di mediazione"*. (19)

5. Conclusioni.

Soltanto la conoscenza delle specifiche regole della procedura di mediazione, ma soprattutto dei principi basilari deontologici della professione forense, da cui non possiamo prescindere, ci permetterebbe, oltre che adempiere ai nostri obblighi professionali, di affrontare correttamente il procedimento di mediazione adempiendo così non solo al mandato ricevuto dal cliente, ma anche e soprattutto a quella funzione sociale dell'avvocato che non può essere inteso solo ed esclusivamente come *"prestatore di difesa tecnica nel processo"*. Una siffatta visione, distorta e riduttiva del ruolo e funzione dell'avvocato

che, con tali convinzioni e riserve, partecipi ad una procedura di mediazione (e/o stragiudiziali diverse dal "processo"), oltre che a violare quei basilari principi deontologici di diligenza, fedeltà e competenza nell'adempimento al mandato, compromette inesorabilmente gli interessi (e i bisogni) del proprio cliente.

I principi generali di comportamento, il "DNA" dell'avvocato (identico per ogni sua attività e funzione) o semplicemente la sua deontologia è il faro a cui rivolgersi sempre per adempiere correttamente ai propri obblighi e funzioni professionali (siano essi giudiziali e/o stragiudiziali) e ciò sia che si rivesta la funzione di mediatore sia che si assista *"semplicemente"* una parte in mediazione.

Note.

(1) Ricordiamo che l'avvocato non difende e/o rappresenta la parte come avviene in giudizio ex art. 83 cpc, lo assiste. La procura alle liti rilasciata all'avvocato in mediazione, con tanto di autentica di firma, è un errore comune che evidenzia soltanto poca dimestichezza nella procedura.

(2) L'articolo è stato modificato con delibera del CNF del 23 febbraio 2018, entrate in vigore il 12 giugno 2018. Il testo precedente del comma 3 recitava: *"L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dalla legge; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge."*

(3) *Codice deontologico Forense Art. 54 - Rapporti con arbitri, conciliatori, mediatori, periti e consulenti tecnici.*

1. I divieti e doveri di cui all'art. 53, commi 1, 2 e 4, si applicano anche ai rapporti dell'avvocato con arbitri, conciliatori, mediatori, periti, consulenti tecnici d'ufficio e della controparte.

(4) TAR Lazio n. 8858 del 29/10/12.

(5) D.lgs n. 28/2010 art. 16 - comma 4 Bis.

(6) D.lgs n.28/2010 art. 8.1 (procedimento) *"...Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione..."* : il mediatore prima chiarisce, poi invita.

(7) D.lgs n.28/2010 art. 13 (spese processuali in caso di rifiuto della proposta di conciliazione).

(8) A volte capita che l'avvocato voglia far verbalizzare le sue deduzioni e i diritti del suo cliente affinché resti traccia della "sua" buona volontà e delle sue proposte, affermando (a sostegno) che in altre mediazioni, presso altri Organismi, ciò gli è stato concesso!

(9) Il mediatore, per svolgere le sue funzioni, deve essere iscritto in un Organismo di mediazione.

(10) D.lgs n. 28/2010 art. 16 - comma 4 Bis.

(11) *Codice deontologico Forense Art. 62.2 comma - Mediazione.*

"L'avvocato non deve assumere la funzione di mediatore in difetto di adeguata competenza."

(12) D.lgs n.28/2010 - art.14 (obblighi del mediatore).

(13) Principio cardine scandito nella normativa forense esplicito nell'obbligo dell'avvocato (art. 24 del codice deontologico forense) di non agire in conflitto d'interesse.

(14) già D.lgs n.28/2010 - art.8.3 (procedimento) ante riforma. Vedi art.8.6 come sarà novellato *"il mediatore...si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione"*.

(15) Art. 13 e 28 codice deontologico forense.

(16) D.lgs n.28/2010 - art.9.1 (Dovere di riservatezza) - così come riformato.

(17) *Codice deontologico Forense Art. 28.5 - Riserbo e segreto professionale.*

(18) *Codice deontologico Forense - Art. 62.1- Mediazione.*

(19) *Codice deontologico Forense - Art. 62.5 - Mediazione.*

"la violazione dei divieti di cui ai commi 3, 4 e 5 comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da due a sei mesi", - comma 6 -.