
Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Luigi Cocchi, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, 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 Becroft (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 (FDM.), Michela Ferraris (MI.F.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Carlo Iavicoli, Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

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 Del-
fino (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.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Lavinia Botto, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Sandra Compiano (SA.COM.), 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.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Stefano Faccio, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari (D.F.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.),

Chiara Gianelli (C.GIA.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Giuseppe Inglese (G.ING.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Fiammetta Malagoli (FMLG.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Gian Maria Marletti, Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.N.), Anna Maria Occasione (A.M.OCC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Francesca Paderno (FP.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLIP.), Nicolò Pescetto (N.P.), Giuseppe Piccardo (GIUP.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Claudio Rambaldi (CL.RM.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Agnese Sgotti (A.SG.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB. SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio Zanoli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (FA.Z.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

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

Sezione di diritto tributario:

Federico Bertocchi, Andrea Bodrito, Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Caterina Oliva, Alessandra Piccardo (A.P.), Lorenzo Ugolini (L.U.)

Sezione di diritto penale:

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Ilaria Busca, Martina Caputo (M.CAP.), Annalisa Carella (AN.CAR.), Giovanna Ceresa Gastaldo, Maria Cersosimo, Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Franco Augusto Gastaldo, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Alessandro Magrassi, Paolo Michieli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), 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 Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

Sezione di deontologia forense:

Roberta Caprioli, Fabio Cavaletti, 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

Tribunale della Spezia, 4 marzo 2020	3
Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 28 settembre 2020	5
Tribunale di Genova, sez.VII fall., 13 maggio 2021	11
Tribunale di Savona, ord. 3 giugno 2021	15
Tribunale di Savona, 24 giugno 2020	19
<i>Le diverse dimensioni di danno non patrimoniale nell'ambito della responsabilità sanitaria</i> Gian Maria Marletti	24
Tribunale di Savona, 28 novembre 2020	26
Tribunale di Savona, 18 giugno 2021	28
Massimario	30
Documenti <i>La responsabilità degli amministratori di società in relazione alla "sostenibilità".</i> Guido Alpa	34
<i>La Riforma del Terzo Settore e dell'Impresa Sociale.</i> Andrea Fusaro	39
<i>Per un diritto del virtuale.</i> Michele Marchesiello	42
<i>Affresco della mediazione italiana ed europea.</i> Carlo Alberto Calcagno	45

Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento. Cotituzione presso l'Ordine degli Avvocati di Genova.
Patrizia E. Monferrino

54

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massimario

T.A.R. Lazio, 28 giugno 2021
Il Parco Nazionale di Portofino: inerzia regionale e competenze statali.
con nota di Luca Costanzo

57

Documenti

La sentenza della Corte costituzionale sul Ponte Morandi nella prima riflessione dottrinale.
Francesca Bailo

61

Sezione di diritto tributario

Massimario

65

Sezione di diritto penale

Massimario

73

Sezione di deontologia forense

Documenti

Il "metronomo" del procedimento disciplinare: il Consigliere Istruttore.
Fabio De Santis

78

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale della Spezia, 4 marzo 2020 - Giudice Tutelare Drigani.

CAPACITÀ giuridica e di agire - amministrazione di sostegno - atti personalissimi del beneficiario - matrimonio del beneficiario - stato di incoscienza - ampliamento dei poteri rappresentativi dell'amministratore di sostegno - esclusione.

(Artt. 404 e segg. c.c.)

Deve considerarsi capace di contrarre matrimonio anche la persona beneficiaria dell'amministrazione di sostegno, atteso che il divieto previsto per l'interdetto dall'art. 85 c.c. non trova generale applicazione nei confronti dell'amministrato, ma può essere disposto, con apposito provvedimento del Giudice tutelare, solo in presenza di circostanze di eccezionale gravità che lo rendano conforme all'interesse del beneficiario.

Tuttavia, l'adesione al vincolo matrimoniale, costituendo atto personalissimo, può essere validamente posta in essere solo dal soggetto interessato, il quale - seppur sottoposto alla misura dell'amministrazione di sostegno - deve comunque versare in uno stato soggettivo che gli consenta di prestare un consenso libero, pieno, effettivo e consapevole; donde, nel caso in cui il beneficiario si trovi in stato di incoscienza, va escluso che l'amministratore di sostegno possa, in sua rappresentanza, utilmente manifestare la volontà a contrarre matrimonio in nome e per conto di quest'ultimo (Nel caso di specie il Tribunale della Spezia ha rigettato la domanda proposta dai familiari dell'amministrato di estendere il potere dell'amministratore di sostegno ad esprimere il consenso al matrimonio, in quanto l'interessato-nubendo risultava del tutto incosciente - per stato comatoso - e dunque incapace di esprimere una seppur minima volontà in proposito).

M.I.F.

(... Omissis...)

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 3.3.2020; rilevato che sono già stati attribuiti all'amministratore di sostegno, nominato alla predetta udienza, i poteri di cui al decreto del 3.3.2020;

vista l'istanza dei ricorrenti di attribuire all'amministratore di sostegno l'ulteriore potere:

a) di richiedere all'ufficiale di stato civile del Comune di (...) di procedere, ex art. 101 c.c., alla celebrazione del matrimonio fuori della casa comunale senza pubblicazione e senza l'assenso al matrimonio;

b) previa verifica della volontà e consenso al matrimonio con la sig.ra (...) di rilasciare all'atto di matrimonio dichiarazione della volontà di contrarre in nome e per conto dell'amministrato nonché alla sottoscrizione dell'atto;

osservato, con riferimento alla richiesta di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno di contrarre matrimonio, che:

- può contrarre matrimonio anche la persona per la quale è stato nominato un amministratore di sostegno. Ed invero, la giurisprudenza sul punto stabilisce che "il divieto di contrarre matrimonio, previsto dall'art. 85 c.c. per l'interdetto, non trova generale applicazione nei confronti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno ma può essere disposto dal

giudice tutelare solo in circostanze di eccezionale gravità, quando sia conforme all'interesse dell'amministrato" (cfr. Cass. civ., sent. n. 11536/2017), e che soltanto "in presenza di circostanze di eccezionale gravità, (sussiste) la possibilità di estendere al beneficiario dell'amministrazione di sostegno il divieto previsto dall'art. 85 c.c., attraverso un apposito provvedimento del giudice tutelare" (cfr. Cass. civ., sent. n. 12460/2018);

- di conseguenza, essendo la regola la libertà del beneficiario di contrarre matrimonio, egli potrà manifestare il proprio consenso autonomamente o, al più, assistito dall'amministratore di sostegno eventualmente incaricato dal Giudice Tutelare di affiancare il beneficiario nel percorso di formazione della volontà, aiutandolo così a comprendere le implicazioni (personali e giuridiche) della scelta coniugale;

- l'eventuale divieto di contrarre matrimonio viene disposto - ad esclusiva tutela dell'interesse del beneficiario - a fronte di una totale incapacità di intendere e volere del soggetto, oppure laddove egli non sia in grado di comprendere e soppesare adeguatamente le conseguenze della scelta. In ogni caso, è richiesto un accurato accertamento sulla capacità del soggetto e deve garantirsi la massima considerazione della dignità della persona e le sue legittime future aspirazioni;

rilevato che il medesimo principio trova applicazione anche con riferimento alla capacità di testare, di donare e di riconoscimento del figlio, trattandosi tutti di atti personalissimi che, stante la loro natura, sono ritenuti insuscettibili di delega a terzi poiché relativi ad aspetti a tal punto intimi della persona che - per la loro valenza sentimentale, affettiva, esistenziale e patrimoniale - possono essere effettuati soltanto dal soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno. Appare, invero, difficile ipotizzare che al beneficiario possa sostituirsi un terzo (nel caso di specie, l'amministratore di sostegno) nell'assumere una siffatta decisione, dovendo la titolarità del diritto coesistere con l'esercizio dello stesso. Tali considerazioni sono del resto naturale conseguenza del riconoscimento (sulla base dei principi costituzionali e delle fonti sovranazionali a tutela della disabilità) dell'esercizio dei diritti fondamentali anche ai soggetti c.d. deboli;

ribadito, pertanto, che il beneficiario ben potrà porre in essere i succitati atti personalissimi in piena autonomia, salva l'opportunità di disporre - dietro espressa previsione del Giudice Tutelare e nei casi eccezionali in cui se ne ravvisa la necessità - l'assistenza da parte dell'amministratore di sostegno. Una tale previsione potrà avvenire nella duplice forma dell'assistenza nella sola fase di formazione della volontà, oppure anche in quella di manifestazione della stessa; in quest'ultimo caso, cioè, l'amministratore di sostegno esternerà un consenso unitamente al beneficiario. In altri termini, la scelta rimarrà in capo al beneficiario, trattandosi di espressione di una sua autodeterminazione in tal senso, ma con l'ulteriore garanzia della presenza dell'amministratore cui spetterà, se del caso, il compito di riferire al Giudice eventuali vizi che dovessero inficiare la capacità di intendere e volere del soggetto; è per l'appunto (e soltanto) l'esigenza di predisporre una forma di garanzia e tutela del beneficiario a legittimare una siffatta compressione della sua capacità di agire. Peraltro, è proprio la particolare situazione di fragilità e, di conseguenza, di in-

capacità a manifestare un consenso libero, pieno, effettivo e consapevole (pur potendosi in teoria ben ipotizzare la manifestazione materiale da parte dell'interdetto di un consenso, seppur - ben inteso - privato di alcun valore giuridico) all'atto personalissimo di contrarre matrimonio che costituisce la ratio sottesa al divieto (assoluto, di ordine pubblico e che non consente deroghe) previsto dall'art. 85 c.c. per l'interdetto;

dato quindi atto di come il matrimonio rappresenti forse - tra gli atti personalissimi preclusi all'interdetto, e il cui divieto solo in via del tutto eccezionale può estendersi all'amministrato - quello in cui la libertà (intesa anche quale forma di autoresponsabilità) è maggiormente tutelata e presidiata, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze;

rilevato, tuttavia, che sussistono evidenti differenze tra - da un lato - impedire al soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno di compiere un atto personalissimo (giacché pregiudizievole ai suoi interessi per le evidenziate ragioni) e - dall'altro - consentirgli invece l'effettivo esercizio del medesimo diritto laddove egli non sia (mercé le sue contingenti condizioni psico-fisiche e/o di grave incapacità, che impediscono la manifestazione di una volontà cosciente e consapevole) in grado di compiere, nemmeno con l'assistenza dell'amministratore di sostegno, quel determinato atto. In tale ultima ipotesi, invero, in mancanza di un esercizio in via rappresentativa, siffatto diritto risulterebbe de facto totalmente precluso;

dato atto che la più moderna giurisprudenza ha effettivamente ammesso che determinati atti personalissimi siano compiuti non già dal soggetto incapace ma, in sua rappresentanza (rectius, in sua sostituzione), dal tutore e/o dall'amministratore di sostegno. Si tratta, in particolare, del consenso ai trattamenti sanitari, ambito nel quale è stato attribuito al rappresentante il potere di esprimere la volontà in luogo del rappresentato, ricostruendola in via presuntiva attraverso un'indagine della personalità, delle scelte di vita e dei suoi orientamenti (secondo quanto previsto dalla sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione, cui si rimanda integralmente per ciò che concerne parametri e criteri, nonché per il principio di diritto ivi espresso);

evidenziato che anche di recente il legislatore, sempre nell'ambito dei trattamenti sanitari, ha espressamente contemplato ipotesi in cui al Giudice viene conferito il potere di sostituirsi al soggetto incapace, e financo al suo rappresentante legale, nel decidere a quali trattamenti acconsentire o meno (cfr. art. 3, comma 5, legge n. 219/2017);

considerato tuttavia che sussistono, ad avviso di questo Giudice, differenze tra queste due ultime situazioni e quella che invece emerge nel caso di cui alla presente amministrazione di sostegno, vertendosi infatti in ipotesi in cui si chiede di autorizzare l'amministratore di sostegno a esprimere la volontà di contrarre matrimonio in nome e per conto di un soggetto attualmente in stato di "coma e i.r.a. in paziente con emorragia cerebrale". Un conto è, invero, la situazione in cui deve necessariamente essere presa una decisione in ordine a quali trattamenti sanitari - ivi compresi quelli c.d. salva vita (e fatta salva l'operatività dello stato di necessità ex art. 54 c.p., con le ulteriori previsioni di cui alla legge n. 219/2017) - effettuare o meno, dovendosi discutere di quale sia il soggetto tenuto a manifestare il consenso; altra, per contro, quella in cui la decisione da assumere (ovvero il consenso a contrarre matrimonio) risulti non necessaria e non assolutamente indispensabile;

rilevato che la normativa in materia di celebrazione del matrimonio espressamente prevede, quale requisito, il "mutuo consenso espresso dagli sposi e ricevuto con le prescritte solennità dall'ufficiale di stato civile" che "non può essere che quello manifestato nella formula e nei modi che la legge richiede ed al quale, indipendentemente dall'interno proposito dei nubendi, seguono gli effetti giuridici propri del matrimonio civile delle parti stesse voluto" (cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 26.3.1964, n. 684), al punto che "sono cause di inesistenza del matrimonio la mancanza dei requisiti formali della celebrazione e del consenso degli sposi" (cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 14.2.1975, n. 569);

rilevato altresì che:

- il matrimonio contratto da persona incapace di intendere e di volere al momento della celebrazione della nozze è impugnabile ai sensi dell'art. 120 c.c., sul solo presupposto dell'incapacità del nubendo, senza cioè che assumi rilievo il pregiudizio che sia potuto provenire dall'atto né la mala fede dell'altro coniuge, stante la tutela che l'ordinamento appronta proprio all'integrità del consenso matrimoniale, che deve formarsi in piena libertà e consapevolezza;

- l'incapacità di cui all'art. 120 c.c. è da intendersi quale condizione psico-patologica che toglie alla persona l'attitudine a intendere il reale significato dei propri atti, potendo afferire non solo alla sfera volitiva ma anche a quella cognitiva, di tipo permanente o transitoria, così come derivare da una malattia mentale o da disturbi psichici o fisici. In ogni caso, si è dinnanzi a situazioni in grado di influire sulla libertà di determinazione del soggetto e che impongono una valutazione del grado di consapevolezza del nubendo in relazione allo specifico atto compiuto;

- proprio con riferimento al matrimonio, pertanto, è indispensabile che il soggetto sia in grado: a) di comprendere a pieno la portata degli obblighi e dei diritti fondamentali che ne scaturiscono; b) conseguentemente, di volere il correlativo impegno giuridico e sociale (ovvero la comunione materiale e spirituale) che ne deriva;

ritenuto, quindi, che il consenso a contrarre matrimonio debba essere espresso da un soggetto cosciente, in grado di manifestare un consenso libero, pieno, effettivo e consapevole (in altri termini, di autodeterminarsi sul punto), non potendo questo consenso essere al contrario manifestato dall'amministratore di sostegno, nemmeno in sua rappresentanza (nel caso di specie, in sua sostituzione), proprio poiché l'amministrando - nubendo risulta attualmente incosciente (diagnosi di "coma e i.r.a. in paziente con emorragia cerebrale") e perciò incapace di esprimere una seppur minima volontà in proposito;

ritenuto che la necessità di un consenso alle nozze espresso direttamente e personalmente dal nubendo debba trovare conferma anche a fronte della ratio ispiratrice degli artt. 404 ss. c.c. (così come introdotti dalla legge 9.1.2004, n. 6) - ovvero di un impianto normativo volto a comprimere e limitare nella misura minore possibile i diritti e le iniziative del beneficiario, cercando di garantire e preservare la più ampia tutela e valorizzazione dei suoi interessi, aspirazioni e desideri - che pur prevede ipotesi di attribuzione all'amministratore del potere di sostituirsi al beneficiario nell'assunzione di numerose decisioni (anche in materia sanitaria);

rilevato, inoltre, che l'art. 101 c.c. (rubricato "Matrimonio in imminente pericolo di vita"):

- disciplina la peculiare ipotesi in cui, a fronte dell'imminente pericolo di vita di uno dei nubendi, l'ufficiale di stato civile viene autorizzato a omettere tutte le fasi preliminari alla cel-

ebrazione del matrimonio, atteso che l'intera fase della pubblicazione è sostituita dal giuramento degli sposi (i quali debbono asseverare che non sussistono impedimenti non suscettibili di dispensa);

- richiede pur sempre la manifestazione di una volontà del nubendo, imponendo addirittura una ulteriore dichiarazione ("purché gli sposi prima giurino che (...)") sostitutiva delle fasi procedurali omesse;

- consente di derogare, mercé le ragioni di necessità e urgenza, alle sole regole ordinarie di competenza dell'ufficiale di stato civile, ma non anche alle altre forme, tra cui vi rientra certamente l'espressione del consenso direttamente da parte dei nubendi;

evidenziato che, effettivamente, si rinviene nell'ordinamento un'ipotesi in cui il consenso degli sposi non è espresso personalmente e direttamente dagli stessi. Segnatamente, l'art. 111 c.c. (rubricato "Celebrazione per procura") costituisce forma speciale di celebrazione del matrimonio (inizialmente introdotto da leggi speciali per ragioni di natura bellica e successivamente inserito nel codice civile con estensione del suo ambito di applicazione) in cui - in via del tutto eccezionale e non estendibile quindi in via analogica - si deroga al principio in base al quale la dichiarazione deve essere espressa personalmente e direttamente dagli sposi. Tuttavia, ciò è ammesso al ricorrere delle due tassative ipotesi ivi indicate (militari o persone che per ragioni di servizio si trovano al seguito delle forze armate in tempo di guerra; situazione in cui uno degli sposi risiede all'estero e concorrono gravi motivi) e a fronte del rilascio in forma di atto pubblico di procura speciale;

constatato che il caso di specie non integra né la fattispecie di cui all'art. 111 c.c. né quella di cui all'art. 101 c.c.;

rilevato che dall'istruttoria svolta all'udienza del 3.3.2020 è emerso che:

- sia il beneficiario che l'attuale compagna sono divorziati e hanno avuto dal loro primo matrimonio dei figli, e la loro relazione dura da oltre dieci anni;

- il beneficiario e l'attuale compagna convivono unitamente ai propri figli in un'abitazione di proprietà del beneficiario, da circa cinque o sei anni;

- tutti i parenti nulla hanno opposto a un eventuale matrimonio tra il beneficiario e l'attuale compagna, esprimendo la loro felicità in proposito;

- il beneficiario è (...) con qualifica di (...)

- il beneficiario avrebbe riferito numerose volte, sia ai genitori che al fratello (...) e al figlio (...) di volersi sposare con la compagna ("la prima volta che ne hanno parlato è stata circa quattro o cinque anni fa"), anche a seguito di incidenti occorsi a dei colleghi, da cui sarebbe rimasto a tal punto scosso da riferire ai familiari "mi sa che è meglio che la sposo, perché faccio un lavoro pericoloso";

- il beneficiario e la compagna, tuttavia, stando alle dichiarazioni rese dai parenti, non hanno mai provveduto a sposarsi né - ad oggi - a richiedere le pubblicazioni matrimoniali, né tantomeno a programmare alcune attività tipiche di un matrimonio (scelta della data e del luogo della cerimonia e del ricevimento, etc.), nonostante i propositi in tal senso e la lunga convivenza, nonché le riflessioni svolte sulla pericolosità del lavoro e i rischi connessi;

- il beneficiario avrebbe rappresentato (come da dichiarazione resa al collega in occasione dell'incidente che ha portato all'attuale situazione in cui versa il beneficiario) la propria preoccupazione per la compagna e "la volontà di contrarre matrimonio con lei, dispiaciuto di non averlo ancora fatto";

- dal punto di vista dell'attuale stato di salute, l'unica documentazione medica in atti riferisce una diagnosi di "coma e i.r.a. in paziente con emorragia cerebrale". All'udienza, il fratello (...) ha aggiunto che il beneficiario "è in prognosi riservata, non ci si può pronunciare sulla sua situazione di salute, le condizioni sono gravi ma i medici non escludono una possibile ripresa" e che "da quando è entrato in sala operatoria non ha avuto momenti di coscienza";

preso atto che l'istruttoria avrebbe, in effetti, rappresentato una convivenza consolidata e duratura nel tempo, nonché una situazione di armonia e serenità all'interno del nucleo familiare, anche "allargato";

ritenuto al contempo di dover rimarcare, a prescindere dalla consapevolezza del beneficiario circa la pericolosità del proprio lavoro, cui non ha fatto seguito - nonostante i numerosi anni di convivenza con l'attuale compagna - nessuna manifestazione concreta ed effettiva di convolare a nozze, che l'unica documentazione medica in atti riporta una grave situazione di salute del beneficiario, che ne attesta l'assoluto attuale stato di incoscienza e di incapacità di manifestare un consenso;

rilevata altresì la circostanza che dal momento dell'operazione permane inalterato l'attuale stato di incoscienza del beneficiario;

considerato, in conclusione, che le osservazioni ut supra effettuate - e in particolare la succitata normativa in tema di matrimonio - non consentono, ad avviso di questo Giudice, deroghe in ordine alla necessità di un consenso alle nozze espresso direttamente e personalmente dal nubendo (poiché atto personalissimo), risultando pertanto ostative all'attribuzione all'amministratore di sostegno (quale rappresentante del beneficiario) dell'ulteriore potere, previa verifica della volontà e consenso al matrimonio con la sig.ra (...) di rilasciare all'atto di matrimonio dichiarazione della volontà di contrarre in nome e per conto dell'amministrato nonché alla sottoscrizione dell'atto (oltre che di richiedere all'ufficiale di stato civile del Comune di (...) di procedere ex art. 101 c.c. alla celebrazione del matrimonio fuori della casa comunale senza pubblicazione e senza l'assenso al matrimonio);

P.Q.M.

rigetta la richiesta di estensione dei poteri in capo all'amministratore di sostegno come avanzata all'udienza del 3.3.2020;

conferma, di conseguenza, i poteri attribuiti all'amministratore di sostegno con decreto del 3.3.2020.

(... *Omissis*...)

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 28 settembre 2020, n. 859 - Pres. Sanna - Est. Marocco - 1Re srl (Avv. Vitale) c. Condominio box (Avv. Vita).

COMUNIONE e condominio - natura - ente di gestione privo di personalità giuridica sua propria - amministratore - eletto dall'assemblea - contratti stipulati dall'amministratore nell'interesse dei condomini - attività imprenditoriale - esclusione - Codice del consumo - applicabilità.

(Art. 1129 c.c.; D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79)

CONTRATTO in genere - inadempimento - nesso di causalità tra l'inadempimento e la condotta dell'appaltatore - criterio probabilistico - applicabilità.

Il condominio è un ente di gestione, privo di personalità giuridica distinta da quella dei singoli condomini e rappresentato da un amministratore eletto dall'assemblea, al quale, in mancanza di norme apposite, sono applicabili quelle che regolano il mandato, espressamente richiamato dall'art. 1129, quindicesimo comma, c.c.

Ai contratti conclusi dall'amministratore con un professionista (in particolare, a quelli di assicurazione e/o di appalto) è applicabile la tutela prevista dal Codice di Consumo (D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79), in quanto diretti a scopi estranei ad attività imprenditoriali a fine di lucro.

In tema di responsabilità civile aquiliana -nella quale vige, alla stregua delle regole di cui agli artt. 40 e 41 c.p., il principio dell'equivalenza delle cause temperato da quello della causalità adeguata- il nesso di causalità consiste anche nella regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non". (Nel caso di specie l'appellante lamentava che il primo giudice avesse ritenuto sussistente la difformità lamentata dal condominio in ordine al posizionamento di sguscia morbida lungo i muretti divisorii, dei terrazzi, anziché le bandelle perimetrali e che non fosse stata sufficientemente indagata la causa delle micro cavillature riscontrate dalla consulente sulla predetta sguscia, in ordine alle cui cause ed alla possibilità che da queste potessero derivare infiltrazioni, sarebbe stato dato dal tecnico un giudizio di probabilità e non di certezza).

A.FONT.

(...Omissis...)

Esposizione dei motivi di fatto e di diritto della decisione.

Con atto di citazione regolarmente notificato, il Condominio box di via Ravenna (...) in Genova evocava in giudizio davanti al Tribunale di Genova la società Co (oggi "1 Re S.r.l.") per veder accertare l'esistenza dei vizi, difetti e difformità dell'opera appaltata rispetto alle previsioni contrattuali, chiedendo la condanna della società appaltatrice a rifondere tutte le somme necessarie per l'eliminazione dei vizi, per risarcire tutti i danni derivati e derivandi per effetto dei difetti delle opere, compresi quelli da infiltrazioni di acqua in danno della copertura dell'autorimessa ed i danni da minor valore dell'opera derivanti dalla eventuale impossibilità di completa eliminazione dei vizi, dei difetti e delle difformità accertate, nonché, infine, ogni altro danno, anche di natura estetica, derivato e derivando al Condominio attore in conseguenza e per effetto dell'inesatto adempimento delle obbligazioni contrattualmente assunte dalla società, ivi compresa la mancata osservanza delle specifiche tecniche di utilizzo del prodotto impermeabilizzante Ma, con conseguente dichiarazione della legittimità del mancato pagamento delle somme ancora dovute a titolo di saldo del corrispettivo per effetto dell'inadempimento dell'appaltatrice.

Parte attrice chiedeva anche l'accertamento, in relazione al contenuto delle offerte del 09/06/2010 e del 22/09/2010, del controvalore monetario delle opere effettivamente eseguite dalla società convenuta ed immuni da vizi e difetti e, conseguentemente, accertare che nulla era dovuto dalla committente per le fatture n. 7/2011 di euro 2.750,00 e n. 22/2011 di euro 9.377,50 iva inclusa per entrambe) e condannare la convenuta alla restituzione delle maggiori somme eventualmente corrisposte rispetto a quelle ad essa effettivamente dovute.

Chiedeva, infine, anche la condanna della società appaltatrice alla consegna delle schede lavori, eventualmente redatte in corso d'opera dai tecnici Ma., nonché della polizza decennale postuma denominata "Garanzia Rimpiazzo Opere" allegata per estratto all'offerta del 09/06/2010, stipulata con la società Assicurazioni in favore del Condominio medesimo.

La vertenza trae origine dal contratto di appalto stipulato tra le parti e avente ad oggetto i lavori di manutenzione straordinaria di tutti i terrazzi di copertura del condominio box, utilizzando il ciclo di lavorazione denominato "ciclo Floor Park", la manutenzione dell'intonaco dei muretti divisorii e dell'intonaco e coloritura del sotto gronda dei medesimi terrazzi; per il corrispettivo parte a corpo e parte a misura, inizialmente stimato in Euro 115.938,96, oltre IVA, e la consegna in favore del Condominio, al termine dei lavori, di una garanzia assicurativa decennale postuma della Assicurazione.

La società appaltatrice convenuta si costituiva in giudizio contestando che i vizi denunciati fossero attribuibili a propria responsabilità, eccependo l'incompetenza territoriale dell'adito Tribunale in favore di quello di Bergamo, sulla base della clausola contrattuale derogativa della competenza e chiedeva al Tribunale, in via di domanda riconvenzionale, ex art. 186 bis c.p.c. ovvero ex art. 186 ter c.p.c., di ingiungere al Condominio box di pagare alla 1Re S.r.l. l'importo di euro 35.600,00 (ovvero, in subordine, di 28.882,27 euro), oltre agli interessi dalla scadenza della fattura n. 126/2010 sino all'effettivo saldo.

Il Tribunale, con ordinanza del 27.10.2010, posponeva la decisione sull'eccezione di incompetenza territoriale all'esito dell'istruttoria e concedeva alle parti i termini per le memorie ex art. 183 sesto comma c.p.c.

La causa veniva istruita con l'assunzione delle prove testimoniali sull'unico capitolo di prova di parte convenuta ammesso e il giudice disponeva CTU al fine di accertare la presenza e la causa degli inconvenienti e delle infiltrazioni lamentati da parte attrice e, in caso di accertamento positivo, di indicare i lavori necessari all'eliminazione dei vizi riscontrati ed alla realizzazione dell'opera commissionata a regola d'arte, nonché il costo relativo, comprensivo degli oneri e costi professionali, quantificando i danni conseguenti alle infiltrazioni nelle parti comuni. Nel caso di impossibilità di eliminazione dei vizi dell'opera, chiedeva al CTU di calcolare il minor corrispettivo dovuto in relazione al minor valore dell'opera eseguita; con redazione della contabilità finale dei lavori in relazione alle offerte 9/6/2010 e 22/9/2010 (solo relativa ai sotto gronda), quantificando il corrispettivo delle opere effettivamente eseguite ed immuni da vizi.

All'esito del deposito dell'elaborato peritale e dei chiarimenti forniti in udienza dalla consulente, il Giudice disponeva un'integrazione della CTU, volta a verificare la corrispondenza di quanto fatturato dall'impresa (fatture nn. 59/10, 68/20 10, 102/2010, 126/2010) con il corrispettivo contrattualmente dovuto, previe le misurazioni necessarie per la valorizzazione delle opere, il cui corrispettivo era stato concordato a misura e se l'opera, alla luce dei vizi riscontrati, conservasse un'utilità residua per il condominio committente, operando eventualmente la corrispondente riduzione di prezzo. Infine chiedeva alla CTU di indicare separatamente, nella quantificazione delle opere necessarie alla eliminazione dei vizi dell'opera, il costo -comprensivo dei relativi oneri professionali- per l'esecuzione di opere relative alla realizzazione di corretto sistema di allontanamento e smaltimento acque e quelle relative alla realizzazione dei giunti.

All'esito del deposito dell'integrazione di CTU, venivano precisate le conclusioni e, in data 12.05.2016 il Tribunale

pubblicava sentenza non definitiva n. 1689/2016 con la quale dichiarava la 1 Re s.r.l. responsabile dei vizi lamentati da parte del Condominio attore, con condanna al risarcimento dei danni da infiltrazione alle parti comuni nella misura di euro 5.750,00, oltre iva, oltre rivalutazione dalla data del deposito della prima relazione al saldo effettivo ed oltre interessi legali da computarsi sulla somma capitale sopra indicata, devalutata all'ottobre 2010 (data del manifestarsi delle infiltrazioni) e successivamente rivalutata anno per anno dall'ottobre 2010 al saldo effettivo.

Il Tribunale, con ordinanza separata, disponeva la rimessione della causa in istruttoria per la quantificazione delle opere necessarie all'eliminazione dei vizi già accertati in motivazione della sentenza parziale; per l'accertamento di alcuni dei vizi che non avevano ancora formato oggetto di accertamento del CTU, ovvero la lavorazione del sotto gronda e lo sfogliamento del materiale utilizzato per le teste dei muretti divisorii e per l'accertamento, dei residui rapporti dare/avere fra le parti.

Avverso la sentenza parziale n. 1689/2016, non notificata, la società 1 Re srl proponeva appello lamentando: i) il mancato accoglimento dell'eccezione di incompetenza territoriale in favore del Tribunale di XY; ii) il mancato accoglimento dell'eccezione di carenza di legittimazione attiva del Condominio per non essere proprietario dei terrazzi oggetto di contratto; iii) l'erroneità della decisione sulla sussistenza dei vizi accertati; iv) l'erroneità della decisione in ordine alla ineliminabilità dei vizi riscontrati e che l'opera, pertanto, debba essere rifatta non avendo alcuna utilità residua; v) l'entità dell'importo computato per il risarcimento del danno da infiltrazioni.

Il Condominio appellato si costituiva in giudizio eccependo l'inammissibilità dell'impugnazione ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c., contestando la ribadita eccezione di incompetenza territoriale e di carenza di legittimazione attiva ed i motivi proposti nel merito.

La Corte, rilevata l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 348 bis c.p.c., fissava udienza di precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 27 novembre 2020 le parti precisavano le conclusioni come in epigrafe trascritte e, decorsi i termini di cui all'art. 190 c.p.c., la causa era decisa in Camera di Consiglio.

In ordine alla eccezione incompetenza del Tribunale di Genova, in favore del Tribunale di XY, in forza di clausola derogativa della competenza contenuta nel contratto di appalto, predisposto dalla società appellante, oggetto del primo motivo di gravame proposto dalla 1Re s.r.l., non può non condividersi quanto motivato dal primo giudice sull'applicabilità al caso in esame delle norme del Codice del Consumo, che prevedono all'art. 33 lett. u) la presunzione di vessatorietà e conseguente nullità, ex art. 36 del medesimo codice, delle clausole di deroga al c.d. foro del consumatore. Nessun dubbio che il condominio sia da annoverarsi tra i consumatori cui è rivolta la tutela del citato art. 33, in forza dell'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria, che fornisce risposta affermativa a detto quesito, con la conseguenza che, se un amministratore di condominio conclude un contratto con un professionista (per esempio di assicurazione

oppure di appalto con un imprenditore) è applicabile la tutela prevista dal codice del consumo in favore del condominio.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha più volte chiarito sul punto che: "Al contratto concluso con un professionista da un amministratore di condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica la disciplina di tutela del consumatore, agendo l'amministratore stesso come mandatario con rappresentanza dei singoli condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale" (Cass., 22.05.2015, n. 1067; Cass., 12.01.2005, n. 452; Cass., 24.07.2001, n.10086).

Né alcun pregio ha il richiamo di parte appellante ai documenti prodotti dal condominio appellato, che consentirebbero di ritenere provata l'avvenuta attenta disamina e discussione punto per punto del contenuto del contratto e di tutte le sue clausole e quindi anche di quella attinente alla deroga della competenza territoriale, con il conseguente superamento della presunzione di vessatorietà della medesima.

I verbali delle varie assemblee condominiali, prodotti agli atti dal Condominio box (in particolare quello del 27.05.2010 aveva all'ordine del giorno proprio l'argomento "bozza del contratto d'appalto con modalità di pagamenti e tempi d'esecuzione" — doc n. 6 e docc. nn. 1,2,3,7 di parte Condominio box) consentono di ritenere provato che vi fu discussione in ordine ad alcune questioni tecniche dell'opera appaltata, con particolare riferimento: alla scelta della tecnica e del materiale MA utilizzato, anziché il metodo tradizionale del rifacimento completo dei terrazzi, alla garanzia decennale dei lavori, al loro prezzo, alle modalità di pagamento dilazionato; ma in nessuno dei verbali prodotti risulta che i condomini o chi per loro (amministratore, consiglieri o il geom. Laviano, collaboratore tecnico incaricato dall'amministratore) abbiano avuto contezza che con la sottoscrizione dell'offerta, pacificamente predisposta dalla 1Re s.r.l., avrebbero derogato ai criteri generali di competenza territoriale, perché tale argomento non risulta essere mai stato oggetto di discussione tra le parti e tantomeno di accettazione da parte del Condominio. Manca infatti del tutto in atti la prova di una specifica trattativa tra i contraenti sulla particolare clausola di deroga del foro competente ed anche la capitolazione formulata da parte appellante in primo grado, non ammessa dal primo giudice (capitoli A, B, C, D, E) risulta irrilevante sul punto. La capitolazione di parte appellante infatti è volta a provare che tra le parti si discussero le questioni tecniche e di prezzo, che vi fu un incontro per discutere le condizioni proposte dall'allora Co s.r.l. Tale capitolazione è formulata genericamente e non sottopone alla conferma testimoniale la specifica circostanza della disamina e discussione tra le parti proprio della clausola di attribuzione della competenza territoriale al Tribunale XY, anziché a quello di Genova. L'interpretazione giurisprudenziale è chiara nello stabilire che soltanto "Se il regolamento contrattuale è stato redatto di concerto tra i contraenti e riflette, anche nella singola clausola, il risultato del reciproco incontro di volontà, non abbisogna di specifica sottoscrizione" (Cass., 6.05.1999, n. 4531; Cass. 9.08.1983, n. 5319; Cass., 19.04.1982, n. 2428) e, in assenza di specifica prova sul punto, correttamente, il primo giudice ha ritenuto la nullità della clausola in esame e, pertanto, l'eccezione di incompetenza territoriale, riproposta da parte appellante con il primo motivo di gravame, viene respinta.

Il secondo motivo di gravame ripropone l'eccezione di carenza di legittimazione attiva del condominio per non essere risultato provato nel primo grado di giudizio che

il Condominio box fosse il proprietario dei terrazzi oggetto del contratto di appalto.

I terrazzi oggetto del contratto di appalto per impermeabilizzazione, pacificamente fungono da copertura al corpo di fabbrica costituente il Condominio box, con accesso da via Ravenna, come risulta accertato e descritto dalla CTU e quindi proprio la funzione di copertura che svolgono rispetto a tale immobile implica l'operatività dell'art. 1117 c.c. ed a nulla rilevano eventuali diverse opinioni espresse da condomini in assemblea in ordine alla proprietà dei muretti divisorii ed ai criteri di riparto spese.

Corretta è pertanto la motivazione del primo giudice ove ha evidenziato che la funzione di copertura che i terrazzi svolgono rispetto all'autorimessa ne fa presumere la proprietà in capo al Condominio box, ai sensi dell'art. 1117 c.c., legittimandone così la capacità processuale ad agire in giudizio e il gravame viene quindi respinto.

Il terzo motivo di gravame contesta l'accertamento da parte della CTU dell'esistenza dei vizi dell'opera appaltata, denunciati dal condominio committente, come recepiti dal primo giudice nella sentenza parziale, secondo il seguente elenco:

- a) Ristagni acqua sul terrazzo con il lucernario;
- b) Presenza di crepe e cavillature sul piano di calpestio del terrazzo;
- c) Infiltrazioni di acqua piovana nell'autorimessa;
- d) Assenza di bandelle perimetrali lungo i muretti di divisione dei terrazzi;
- e) Lesioni degli intonaci dei muretti di divisione;
- f) Errata lavorazione del sotto gronda;
- g) Formazione rigonfiamento del manto calpestabile dei terrazzi;
- h) Sfogliamento del materiale utilizzato per la finitura delle "teste" dei muretti parapetto.

Il Tribunale è giunto a ritenere sussistenti i vizi denunciati dal condominio e la loro riconducibilità all'appaltatrice, avvalendosi degli accertamenti e delle conclusioni della relazione di CTU del 28.01.2014, dei chiarimenti resi dalla consulente del Tribunale all'udienza dell'8.04.2014 e della relazione di supplemento alla medesima CTU del 6.11.2015.

Si richiama quanto già argomentato in merito al secondo motivo di gravame, in ordine all'infondatezza dei rilievi della 1Re s.r.l. sulla mancata prova in giudizio della proprietà da parte del condominio dei terrazzi e dei muretti oggetto dell'intervento manutentivo, da valere per ognuno dei vizi contestati con il presente motivo di gravame e per i quali l'appellante ripropone l'eccezione.

In ordine alla prima doglianza di parte appellante sulla sussistenza del vizio sub a), relativa agli accertati ristagni di acqua sul terrazzo con lucernario (denominato F), si rileva che il vizio è stato riscontrato dal CTU in misura più grave proprio sull'unico terrazzo (F) per il quale il contratto prevedeva espressamente il rifacimento del massetto (cfr. pagg. 12 e 14 relazione di CTU, 28.01.2014).

L'offerta dell'appellante del 9.06.2010 prevedeva, con previsione a parte, per tale terrazzo la rimozione delle piastrelle esistenti e del sottofondo con il rifacimento del massetto, da realizzarsi con la successiva stesura di telo in polietilene e del "Top" della MA: materiale consistente in una malta cementizia di rapida asciugatura con uno spessore di 4/5 cm; opera il -cui prezzo a corpo era di euro 4.500,00 (cfr. pag.2 relazione CTU, 28.01.2014).

Il rifacimento del massetto, visti i preesistenti gravi problemi di ristagno delle acque piovane, localizzati in quello specifico tratto di terrazzo, imponeva all'impresa, secondo le buone regole dell'arte, la rivalutazione ed il rifacimento delle pendenze.

Secondo quanto riportato nella relazione dalla consulente del Giudice, risulta che il medesimo CTP di parte resistente avrebbe confermato che l'opera appaltata alla 1Re s.r.l. prevedesse il rifacimento delle pendenze del solo terrazzo "F" con lucernario (cfr. CTU 28.01.2014 - pag. 30). A conferma della circostanza l'amministratore, all'esito di un sopralluogo in cantiere del 30.07.2010, scriveva all'impresa per elencare una serie di problemi riscontrati nei lavori, tra i quali, era espressamente evidenziato -che: "nella onna del lucernario le pendenze non sono state correttamente realizzate poiché si sono riscontrate delle pozze d'acqua, pertanto è stato richiesto alla Ditta di rettificare le pendenze affinché non si verificino depositi d'acqua" (doc. n. 14 di parte Condominio box).

La Consulenza tecnica di ufficio ha evidenziato che la messa a punto delle pendenze e una lavorazione essenziale ai fini della realizzazione di una qualsiasi pavimentazione di superficie piana, che sia eseguita con resina o con i metodi tradizionali (cfr. pag. n. 13 CTU 28.01.2014) e che, nel caso specifico del terrazzo "F", unica zona per la quale è stato effettivamente rifatto il massetto, non ne sono state invece evidentemente riviste le pendenze, poiché "ad Oggi questa è un'area del terrazzo particolarmente critica con l'acqua piovana che ristagna in maniera evidente" (cfr. CTU 28.01.2014 pag. 14).

Nessun pregio ha l'argomentazione di patte appellante, che contestando di aver dovuto per contratto rivedere le pendenze, imputa l'omissione di tale parte del lavoro alla scelta operata dal condominio medesimo di non eliminare il lucernario per evitare l'aumento dei costi dell'intervento manutentivo, in quanto non risulta provata in atti. Alcuno dei verbali di assemblea, prodotti agli atti (docc. nn. 1,2,3,6,7 cit.), documenta che i condomini abbiano discusso tale argomento ed espresso una decisione in tal senso. La questione dell'eliminazione del lucernario era stata posta all'ordine del giorno; dell'assemblea del 9 marzo 2010 (doc. n. 2 di parte Condominio box), che doveva deliberare l'intervento manutentivo straordinario sui terrazzi, scegliendo tra l'impermeabilizzazione con resina bicomponente (linea MA) mantenendo la pavimentazione esistente o la lavorazione tradizionale con demolizione del pavimento, la stesura di guaina e la posa di pavimento galleggiante. Il verbale della predetta assemblea consiste nell'illustrazione delle caratteristiche dei Floor Park in alternativa al metodo tradizionale e non risulta verbalizzato che, in tale occasione, sia stata consigliata o suggerita da alcuno l'eliminazione del lucernario per risolvere i gravi problemi di infiltrazioni esistenti del terrazzo "F" o per la migliore realizzazione del massetto e quindi l'assemblea dei condomini risulta avere deliberato su vari punti all'ordine del giorno, ma non sulla specifica questione, né sul prezzo dell'opera specifica. Nemmeno all'assemblea del 27.05.2010, cui partecipava il rappresentante della 1Re srl, sig. X, per meglio illustrare le questioni tecniche ai condomini, veniva trattato l'argomento dell'eliminazione del lucernario (cfr. doc. n. 6 di parte Condominio box).

Il vizio viene quindi ritenuto sussistente.

La seconda doglianza della 1Re srl, in ordine al vizio dedotto sub b) contesta le accertate crepe e cavillature della superficie impermeabilizzante dei terrazzi.

Sul punto la CTU ha chiarito che le infiltrazioni che continuano a verificarsi dai terrazzi di copertura in danno dei box sottostanti sono dovute alla mancata corretta valutazione da parte dell'Impresa delle pendenze nella fase preliminare del lavoro, con la conseguenza che continuando a verificarsi sulla superficie ristagni di acque meteoriche in vari punti ed essendo lesionata la copertura, l'acqua si infiltra nel piano sottostante.

La consulente ha proseguito precisando, anche nel corso dei chiarimenti forniti all'udienza dell'8.04.2014, che se l'opera di impermeabilizzazione fosse stata eseguita correttamente, prevedendo il taglio dei giunti di dilatazione, il manto impermeabile non si sarebbe fessurato e gli eventuali ristagni di acqua non darebbero quindi luogo ad infiltrazioni, perché potrebbero ristagnare fino all'asciugatura naturale per evaporazione, con l'unica conseguenza di natura estetica, che, nel lungo periodo, potranno dar luogo a macchie e alterazioni di colore del manto impermeabilizzante, ma non certo di per se stessi essere causa dei gravi problemi di infiltrazione riscontrati.

La consulente, dopo le osservazioni formulate dal CTP dell'impresa, che evidenziava come il problema delle infiltrazioni fosse assai risalente nel tempo, che le macchie erano asciutte e vetuste e quindi non potevano essere imputabili alla manutenzione straordinaria eseguita dall'impresa, ha riaperto le operazioni peritali ed ha eseguito due accessi; in una prima occasione effettuando bagnamenti tramite cannetta in gomma (in data 5.12.2014) e nella seconda dopo che erano cadute forti piogge (in data 10.01.2015), per valutare l'effetto del bagnamento sulla superficie dei terrazzi e la tenuta dell'impermeabilizzazione.

Tali accertamenti hanno consentito di verificare che al piano autorimessa il soffitto e le pareti, oltre alle pacifiche tracce di precedenti perdite ormai asciutte, erano presenti anche abbondanti infiltrazioni attive (cfr. CTU 28.01.2014 pagg. 26 e segg.) e di confermare quanto già la consulente aveva accertato nel corso delle operazioni peritali, ovvero la presenza di crepe e cavillature sulla superficie dei terrazzi. La consulente al riguardo spiegava - al Giudice che l'acqua piovana, penetrando attraverso le spaccature "Si infiltra, raggiunge caldaia e tavole e bagna l'intradosso del solaio; qui <cammina> lungo i travi in ferro portanti (e le strutture reticolari) bagnando il sottostante contro soffitto su andamenti lineari visibili in allegato 1.1; questo fenomeno spiega, su parere del CTU, la presenza delle infiltrazioni puntuali localizzate nei box a perimetri, laddove termina la struttura reticolare e le macchie di infiltrazioni posizionate lungo il percorso delle stesse travi" (cfr. CTU 28.01.2014, pagg. 16-17).

La CTU ha chiaramente attribuito la causa principale di tali infiltrazioni e dei conseguenti danni al controsoffitto ed alle pareti condominiali, non ai ristagni di acqua, quanto piuttosto al mancato rispetto nella lavorazione dei giunti dinamici di dilatazione. Affinché il lavoro fosse realizzato a regola d'arte, questi andavano individuati, tagliati e sigillati con materiale isolante. La resina andava stesa soltanto dopo tale intervento sui giunti e rispettandone la presenza, perché trattandosi di un materiale rigido, ove sollecitato -dalla struttura sottostante, che si dilata con il variare delle temperature, è inevitabile che si spacchi, perché non ha l'elasticità necessaria per adattarsi al movimento del sottostante massetto in cemento armato, che, nel caso in esame, inoltre risulta essere anche di considerevoli dimensioni e a spessore e quindi esprime maggiore potenza nella sollecitazione della superficie (cfr. CTU 28.01.2014 pag.13,14,15).

Tali spaccature, dettagliatamente descritte anche graficamente nella planimetria allegata alla relazione -tecnica (all.to 1) e nelle fotografie allegate, dimostrano la sofferenza della resina utilizzata, che, sollecitata dalle escursioni termiche e relative deformazioni del solaio, denuncia tramite le crepe e le cavillature i fisiologici movimenti strutturali.

La buona regola dell'arte prevede di individuare e classificare i giunti prima di intervenire sullo strato superiore del solaio e il CTU ha anche allegato alla relazione il manuale di buona pratica per i pavimenti in calcestruzzo, spiegando in replica alle osservazioni del CTU della 1Re s.r.l. che tali buone pratiche devono essere applicate qualsiasi sia il materiale con cui sia realizzato il pavimento e non solo per il calcestruzzo (cfr. CTU 28.01.2014 pag.1.6).

La Re s.r.l., evidentemente riconoscendo che da tali fessure si infiltrava l'acqua, è intervenuta apponendo dei "cerotti" sulle fessurazioni e spaccature, ma dopo poco la situazione è tornata identica, perché non è stato risolto a monte il problema dei giunti e della dilatazione del massetto (cfr. CTU 28.01.2014 - pag.15 e cfr. doc. n.25 di parte Condominio box fotografie nn. 23,24,25).

Parte appellante si difende richiamando le condizioni dell'offerta del 10.06.2010 (doc. n. 5 di parte Condominio box), che escludono esplicitamente dagli obblighi dell'impresa, con la premessa: "Se non citati espressamente:", tra gli altri: "Il riempimento e la saturazione di giunti di dilatazione strutturali o naturali, ricostruzione di giunti a pavimento o riempimento di parti mancanti, sgusce perimetrali, taglio dei giunti, preparazione dei piani di posa, etc" per ribadire che non rientrava nella propria obbligazione contrattuale l'esecuzione di alcun intervento sui giunti di dilatazione, con ciò escludendo ogni possibile propria responsabilità in ordine alla mancata esecuzione di tale opera.

La clausola in esame non ha il carattere vessatorio attribuito dal primo giudice, poiché trattasi di mera statuizione di esclusione di alcuni lavori dal complessivo delle opere contrattuali e non integra una limitazione di responsabilità dell'appaltatore, non rientrando, pertanto, tra le Clausole previste dall'art. 1341 c.c. Il contratto stipulato tra le parti però nella clausola intitolata "Ciclo Ma Park System" prevede espressamente l'elenco delle opere da eseguire e per la parte relativa alla "Applicazione finale della resina bicomponente Ma Finisch 51 ... data a rullo e pennello" prevede espressamente; "con eventuale taglio e sigillatura dei giunti strutturali dove necessario" (doc. n. 5 di parte Condominio box- pag. 2).

Quindi, alla luce di quanto previsto nelle condizioni generali di contratto, avendo la clausola in esame citato espressamente il taglio eventuale e la sigillatura dei giunti, dove necessario, prima di stendere il prodotto impermeabilizzante, non si può escludere che l'impresa, dovesse valutarne l'utilità e procedere alla esecuzione di tale intervento o, quantomeno, sottoporne la necessità di esecuzione alla valutazione del committente; il che non risulta essere avvenuto.

Le spiegazioni tecniche e le conclusioni della consulenza di ufficio inducono a concludere che, nel caso specifico, il taglio dei giunti fosse quanto mai necessario per fornire un'opera realizzata ad arte ed evitare le fessurazioni oggetto di causa. Il vizio sussiste ed è attribuibile alle modalità di esecuzione del lavoro da parte dell'impresa.

L'appellante contesta il vizio di cui al punto sub c), ovvero: l'attribuibilità a sé delle infiltrazioni riscontrate nell'autorimessa sottostante i terrazzi e dei danni dei soffitti a pannelli, riscontrati dalla CTU sia nell'area di manovra, che nei

singoli box di proprietà, poiché si tratterebbe di macchie da infiltrazioni preesistenti, in ordine alle quali il consulente del Giudice avrebbe omesso di verificare ed eventualmente distinguere quali perdite fossero antecedenti ai lavori di impermeabilizzazione e quali, invece, eventualmente imputabili all'operato della 1Re srl.

Il motivo è infondato e non può trovare accoglimento.

Il CTU, dopo le contestazioni formulate dal consulente di parte 1Re srl, ha riaperto le operazioni peritali, come già esposto in ordine alla doglianza sub b), che si richiama integralmente, effettuando le necessarie verifiche in occasione dei sopralluoghi svolti dopo consistenti bagnamenti della superficie dei terrazzi e riscontrando, in contraddittorio con i consulenti delle parti, nel controsoffitto del piano autorimesse la presenza di infiltrazioni attive ed attuali, oltre a quelle già preesistenti, così accertando che l'impermeabilizzazione eseguita dall'appellante era difettosa e che parte dei danni erano recenti ed anche attuali.

La consulenza tecnica, come già sopra esposto, ha individuato quale causa delle infiltrazioni le crepe e cavillature della guaina, individuando quali due cause principali le pendenze dei terrazzi da rivedere ed il mancato rispetto nell'esecuzione della impermeabilizzazione dei giunti dinamici di dilatazione della struttura oggetto del solaio.

In sede di chiarimenti, il CTU all'udienza dell'8.04.2014 ha chiarito che la causa principale delle infiltrazioni sono gli strappi presenti nella guaina e dai quali penetra l'acqua, fenomeno attribuibile in principali-a al mancato rispetto nell'esecuzione del lavoro, dei giunti dinamici di dilatazione della struttura del solaio, che se fossero stati tagliati e trattati a regola d'arte, avrebbero impedito gli strappi della guaina e l'acqua, pur stagnante, non troverebbe modo di infiltrarsi.

Il primo giudice ha tenuto nel dovuto conto tutti i dati e le conclusioni forniti dal CTU, nel ritenere che la mancata realizzazione dei giunti di dilatazione sia la causa delle infiltrazioni e dei danni conseguenti ai vizi dell'opera della quale parte appellante deve rispondere e, tenuto conto delle infiltrazioni attive e della pacifica preesistenza di precedenti tracce di infiltrazioni asciutte e risalenti nel tempo, nonché della vetustà delle strutture, ha ritenuto correttamente che il danno vada posto a carico della 1Re srl solo nella misura del 50%.

Il quarto motivo di gravame per il vizio sub d) lamenta che il primo giudice abbia ritenuto sussistente la difformità lamentata dal condominio in ordine al posizionamento di sguscia morbida lungo i muretti divisorii, dei terrazzi, anziché le bandelle perimetrali e che non sia stata sufficientemente indagata la causa delle micro cavillature riscontrate dalla consulente sulla predetta sguscia, in ordine alla cui causa ed alla possibilità che da queste possano derivare infiltrazioni sarebbe stato dato dal tecnico un giudizio di probabilità e non di certezza. Il CTU, nel corso del sopralluogo peritale, ha accertato, che erano ancora visibili le bandelle originarie, poi asportate e che, al momento delle operazioni peritali, risultava posata una sguscia morbida di resina di buona qualità, che però presentava micro cavillature, che potrebbero dar luogo ad infiltrazioni (CTU 28.10.2014 -pag. 11 e fotografie doc. n. 17 parte Condominio box).

La consulente ha attribuito tale fenomeno alla rigidità dello strato di finitura, che non avrebbe dovuto essere applicato direttamente sull'intonaco, dotato di un'elasticità diversa rispetto al materiale plastico, ma solo accostato, per evitare che con le sollecitazioni dovute alle escursioni termiche, la sguscia possa lesionarsi (vedi CTU 28.01.2014 - pagg. 17, 18).

Il primo giudice ha basato la propria decisione sulla ricostruzione tecnica dei fatti e delle possibili cause forniti dalla consulenza, utilizzando l'insieme complessivo ed organico dei singoli elementi indiziari o presuntivi a disposizione, applicando la regola del più probabile che non", elaborata dalla giurisprudenza civile in tema di illecito civile.

La giurisprudenza di legittimità, sulla scia interpretativa della sentenza delle Sezioni Unite n. 576/2008, insegna che, nell'ambito dell'illecito civile, per affermare il legame fra azione ed evento, non è necessario raggiungere il livello della certezza, bensì è sufficiente la "preponderanza dell'evidenza" o del cosiddetto "più probabile che non", precisando che il giudice civile potrà affermare l'esistenza del nesso causale tra illecito e danno anche soltanto sulla base di una prova che lo renda probabile, a nulla rilevando che tale prova non sia idoneo a garantire una assoluta certezza al di là di ogni ragionevole dubbio". Secondò gli Ermellini, il criterio di probabilità relativa da adottare in ambito civile si delinea in una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di, cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del "50% plus unum" (Cass., 20.06.2019, n. 16581; Cass., 27.03.2019 n. 8461).

Sul vizio delle lesioni agli intonaci, di cui al punto e) l'appellante lamenta che il primo giudice lo abbia ritenuto sussistente Mal interpretando la CTU e dando per accertata una cattiva esecuzione degli intonaci, abbinata al supposto errore di applicazione della sguscia direttamente sull'intonaco, anziché solo accostata.

La Consulente nel corso dei sopralluoghi effettuati sul luogo ha riscontrato la sussistenza dei vizi lamentati nei lavori eseguiti, tra i quali ha elencato espressamente il "Distacco di porzioni di intonaco su alcuni dei muretti divisorii e spaccature dell'intonaco (tra i terrazzi 1 e 4)" (cfr. CTU 28.01.2014 - pag. 7). Il contratto di appalto stipulato tra le parti prevedeva espressamente il rifacimento dell'intonaco e la tinteggiatura dei parapetti e dei muretti divisorii di tutti i terrazzi (cfr. doc. n. 5 di parte Condominio box) e quindi, con motivazione condivisibile, il primo giudice ha recepito l'accertamento del CTU in ordine alla cattiva qualità degli intonaci riscontrato in loco durante il sopralluogo e riportato nella relazione tecnica (CTU 28.01.2014 -pag. 18) e il motivo viene conseguentemente respinto.

I motivi di doglianza, per i vizi sub f) di errata lavorazione del sotto gronda e sub g) di sfogliamento del materiale utilizzato per la finitura delle teste dei muretti parapetto, sono da ritenersi inammissibili, poiché i predetti vizi sono stati oggetto dell'ordinanza di remissione in istruttoria per avere il CTU omesso di considerarli e quindi saranno oggetto di nuova consulenza tecnica di ufficio e di altra pronuncia del Tribunale.

Venendo infine al vizio oggetto delle doglianze di parte appellante sub h), si osserva che, come correttamente evidenziato dal primo Giudice, i rigonfiamenti del manto calpestabile sono stati accertati dal CTU, che li ha individuati e forati per valutarne la natura, riscontrando la fuoriuscita di acqua dai medesimi, così, escludendo possa trattarsi di accumuli di resina, come sostenuto dal consulente di parte 1Re srl.

L'appellante lamenta che il Giudice abbia ritenuto presuntivamente sussistente il vizio, anche in assenza di prova che non siano stati rispettati i cicli di lavorazione e che si sia lavorato in condizioni di pioggia.

Il consulente, in sede di chiarimenti all'udienza dell'8.04.2014, ha riferito che, sotto il profilo tecnico, le bolle sulla guaina possono essersi verificate soltanto per tre ragioni: o perché si è lavorato sul solaio umido o in concomitanza di piogge o perché il solaio medesimo è interessato da infiltrazioni. In tale occasione la consulente ha spiegato che l'impermeabilità della guaina soffoca qualsiasi fonte di umidità sottostante, che, non potendo evaporare, provoca tali rigonfiamenti punto 4 del verbale di chiarimenti dell'8.04.2014): Il consulente, precisando che i materiali utilizzati sono di buona qualità, ha aggiunto in sostanza che questi fenomeni di rigonfiamento si verificano quando non sono state seguite le procedure corrette di posa e in qualche modo si è accumulata dell'umidità sotto lo strato impermeabile, che non riesce a sfogare.

A conferma di ciò, la MA medesima nella propria brochure illustrativa (doc. n.4 di parte Condominio box) prescrive che: *“Il contenuto massimo di umidità del supporto non sia superiore al 4% e vi sia un'adeguata barriera a vapore, in quanto l'impiego del Floor Park potrebbe dare origine a fenomeni di distacco e/o formazione di bolle”*.

Inoltre il Condominio ha prodotto agli atti di causa alcune fotografie che mostrano gli operai impegnati nella stesura del materiale in giorni di pioggia e che lavorano sul bagnato (doc. n. 16 di parte Condominio box - fotografie nn. 5,6,7), così confermando quanto prospettato dal CTU in ordine al mancato rispetto delle corrette procedure di posa.

Anche in questo caso, il primo giudice ha correttamente applicato nel decidere il criterio probabilistico in ordine alle cause che hanno determinato il vizio accertato, utilizzando l'insieme complessivo ed organico dei singoli elementi indiziari o presuntivi a propria disposizione.

Il motivo di doglianza avente ad oggetto la pronuncia del Tribunale sull'eliminazione dei vizi riscontrati è inammissibile, in quanto il primo giudice ha rimesso in istruttoria la causa, perché dall'insieme delle due consulenze tecniche di ufficio esperite non è stato possibile ricavare i costi degli interventi indicati nella prima relazione come necessari per risolvere i vizi riscontrati, con l'esclusione delle lavorazioni non previste dal contratto, come ad esempio la revisione delle pendenze di alcuni terrazzi.

Infine, l'appellante lamenta che il primo giudice si sia pronunciato sul risarcimento dei danni da infiltrazione alle parti comuni conseguenti ai vizi, contestando la sussistenza delle infiltrazioni per le ragioni già esaminate al punto n. c).

Il motivo non è accoglibile, in quanto le infiltrazioni di acqua in danno dei controsoffitti e delle pareti delle parti comuni del locale autorimessa sono stati accertati e verificati nel corso delle operazioni peritali, riportati nella consulenza ed illustrati al Giudice ed alle parti.

Correttamente il giudice di prime cure, sulla base dei costi di ripristino indicati dalla CTU, ha liquidato il costo di rifacimento dei controsoffitti nell'importo di euro 7.500,00 e di euro 4.000,00 per le pareti delle parti comuni, applicando una decurtazione del 50% del costo in considerazione del preesistente stato di ammaloramento dei luoghi, condannando così la 1Re a pagare la quota del 50% nella misura di complessivi euro 5.750,00, oltre IVA.

In ordine alle rinnovate istanze istruttorie per interpellare e testi, nonché alla chiesta rinnovazione di CTU, introdotte dall'appellante nelle conclusioni del proprio atto di im-

pugnazione, questa Corte respinge tali richieste non essendo state reiterate in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado, che sono da intendersi, pertanto, rinunciate e non aparendo necessario il rinnovo della CTU.

(...*Omissis*...)

P.Q.M.

La Corte di Appello di Genova, definitivamente pronunciando, nella causa fra le parti in epigrafe, disattesa ogni diversa e contraria istanza, eccezione e deduzione, respinge l'appello proposto da 1Re s.r.l., confermando integralmente la sentenza parziale del Tribunale di Genova n. 1689/2016, pubblicata il 12.05.2016.

(...*Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. VII fall., 13 maggio 2021 - Pres. Braccialini - Rel. Balba.

CONCORDATO preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti - normativa applicabile - tempus regit actum.

CONCORDATO preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti - transazione fiscale - cram down - voto negativo dell'Amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali/assistenziali - superamento - condizioni.

(Art. 3, comma 1 bis, D.L. n. 125/2020, come convertito dalla L. n. 159/2020)

GIURISDIZIONE civile - controversie - trattamento crediti tributari e contributivi - interesse concorsuale e tributario - prevalenza.

(Artt. 180, 182 bis e 182 ter, L. Fall., come modificata dal D.Lgs. n. 14/2019 e dal D.L. n. 125/2020)

CONCORDATO preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti - trattamento crediti tributari e contributivi - interesse concorsuale e tributario - ratio legis.

CONCORDATO preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti - giurisdizione - transazione fiscale - discrezionalità dell'Amministrazione finanziaria - sindacato del Giudice ordinario fallimentare.

CONCORDATO preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti - transazione fiscale - voto dell'Amministrazione finanziaria - prevalenza interesse concorsuale - sindacato giurisdizionale - discriminante.

GIURISDIZIONE civile - Autorità giudiziaria ordinaria - sindacato - oggetto.

(Art. 180, comma 4, L. Fall.)

In applicazione del principio tempus regit actum, le procedure concordatarie non omologate alla data di entrata in vigore della novella saranno assoggettate alle nuove disposizioni, nella specie l'art. 180, comma 4, L. Fall., come modificato dall'art. 3 del D.L. 125/2020 convertito con modificazioni dalla L. 27.11.2020, n. 248, entrato in vigore il 4.12.2020.

È possibile superare il voto negativo dell'Amministrazione finanziaria qualora esso sia determinante al fine del raggiungimento delle maggioranze di legge e qualora la proposta concordataria sia più conveniente dell'alternativa liquidatoria.

Le controversie relative al mancato assenso dell'agenzia fiscale alle proposte di trattamento regolate dall'art. 182 ter della L. Fall. spettano, anche con riguardo al periodo anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 14 del 2019, alla giurisdizione ordinaria del tribunale fallimentare, considerata l'obbligatorietà di tali proposte nell'ambito delle procedure nelle quali sono consentite ed in ragione, altresì, del combinato disposto degli artt. 180, 182 bis e 182 ter L. Fall., nel testo modificato dal D.Lgs. n. 14 del 2019 e dal D.L. n. 125 del 2020, da cui si evince la prevalenza, con riferimento all'istituto in esame, dell'interesse concorsuale su quello tributario, senza che assuma rilievo, invece, la natura giuridica delle obbligazioni oggetto dei menzionati crediti (Cfr. Cass., Sez. Un., Ord. 25 marzo 2021, n. 8504).

La ratio legis, sancita dal comune tratto della obbligatorietà della proposta transattiva nelle procedure concorsuali inerenti il trattamento dei crediti tributari va individuata non nell'interesse fiscale che è la causa prima dell'obbligazione tributaria bensì nell'interesse concorsuale che è invece la "ragione fondativa" delle procedure concordatarie, sempre più mirate alla conservazione del bene impresa.

L'ampia discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione finanziaria nello stipulare accordi transattivi concorsuali è bilanciata dal sindacato giudiziale sul dimiego di accettazione della proposta transattiva assegnato dalla normativa attualmente vigente al giudice ordinario fallimentare.

La valorizzazione del prevalente/assorbente valore concordatario dell'adesione dell'Amministrazione finanziaria è discriminante anche nel determinare il sindacato dell'Autorità giudiziaria ordinaria in concreto esercitabile.

Il sindacato dell'Autorità giudiziaria ordinaria non può avere ad oggetto la legittimità dell'atto come spetterebbe al Giudice amministrativo in sede di legittimità e neppure il merito sul rapporto tributario di spettanza della Commissione Tributaria in sede di impugnazione dell'atto. All'Autorità giudiziaria ordinaria è rimesso il vaglio sulla maggiore convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria, da valutarsi sulla base delle risultanze della relazione del professionista attestatore e di ogni altro elemento acquisito al procedimento, in primo luogo la relazione ex art. 172 L. Fall. del Commissario giudiziale.

P.MO.

(...Omissis...)

Me srl depositava domanda di concordato preventivo, da ultimo modificata ed integrata, in data 22.12.2020.

In data 3.3.2021 si teneva adunanza dei creditori.

Allo spirare del termine di legge, il commissario giudiziale depositava relazione da cui emergeva il mancato raggiungimento delle maggioranze previste per l'approvazione, stante il voto contrario determinante dell'Agenzia Entrate Riscossione.

Il Tribunale, preso atto dei risultati delle votazioni, disponeva audizione del debitore ex art. 162, comma 2, L. fall.

All'udienza del 7.5.2021 il proponente insisteva perché si procedesse con l'omologa del concordato in applicazione dell'art. 180, comma 4, L. fall come modificato dall'art. 3 del decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla legge 27 novembre 2020, n. 248, entrato in vigore il 4 dicembre 2020.

La suddetta disposizione, nella parte di interesse, recita testualmente *Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle*

maggioranze di cui all'articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

In primo luogo, occorre valutare se tale disposizione sia applicabile alla procedura in oggetto iniziata prima della sua entrata in vigore.

Trova applicazione, nel caso di specie, il principio tempus regit actum. Le procedure concordatarie non omologate all'entrata in vigore della novella saranno assoggettate alle nuove disposizioni (in questo senso Cass. 13165/2016).

Risolta positivamente l'applicabilità della norma, occorre ora esaminare la questione della sindacabilità del voto negativo espresso dall'amministrazione tributaria e della relativa giurisdizione.

Sul punto, infatti, sono emersi diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento, sulla base dell'interpretazione letterale, le espressioni "mancanza di voto" e "mancanza di adesione" dell'erario e degli enti di previdenza, contenuto nel comma 4 dell'art. 180 cit e nel comma 5 dell'art. 182bis L. Fall in tema di accordi di ristrutturazione, non possono che essere limitate all'ipotesi di mancanza di esplicita votazione da parte dell'amministrazione pubblica con la conseguenza che, per il caso di espresso voto negativo, la norma resterebbe non applicabile, non essendo possibile per il Giudice sostituirsi al creditore nella valutazione dell'interesse alla prosecuzione della procedura.

Da ciò si fa discendere, poi, l'eventuale sindacato da parte o del Giudice tributario o del Giudice amministrativo del voto negativo espresso dall'Amministrazione Finanziaria, in quanto non espressione di un interesse egoistico sfuggente al controllo giurisdizionale.

Secondo altra tesi, differentemente, il legislatore, pur utilizzando due diverse locuzioni letterali per disciplinare il cram down fiscale, manifesterebbe un'unica *voluntas legis*, come anche ricavabile dalla relazione illustrativa al codice della crisi di impresa da cui derivano le suddette novità legislative, ovvero quella di superare ingiustificate resistenze verificatesi nella prassi da parte dell'amministrazione finanziaria. In questo senso si è espresso recentemente il Tribunale di La Spezia ord. 14.1.2021 in www.ilcaso.it nell'analogia fattispecie dell'accordo di composizione della crisi secondo cui *"L'art. 12 comma 3 quater l.3/2012, come introdotto dall'art. 4 ter comma 1 lettera f), d. l. 137/2020 convertito nella l. 176/2020, comporta la conversione ipso iure in voto positivo del voto negativo espresso dall'Agenzia delle Entrate rispetto alla proposta di accordo di composizione della crisi avanzata dal debitore, qualora ricorrano due condizioni: quale prima condizione è necessario che il contenuto positivo o negativo del voto sia decisivo ai fini dell'esito delle votazioni, mentre quale seconda condizione è necessario che la proposta di accordo di composizione della crisi consenta all'Agenzia delle Entrate di ottenere soddisfazione maggiore rispetto a quella ricavabile dalla procedura di liquidazione del patrimonio ai sensi degli artt. 14 ter ss. 3/2012"*.

Ha sostenuto la suddetta interpretazione, seppur in sede di concordato fallimentare, anche il Tribunale di Teramo 14.4.21 secondo cui *"Il Tribunale può omologare la proposta di concordato sia nel caso di voto contrario da parte dell'amministrazione finanziaria e/o degli enti previdenziali e assistenziali, sia in caso di mancata manifestazione di voto. Ciò in quanto la disciplina dettata dall'art. 3 del D.L. n. 125/2020 è volta ad assicurare al debitore una reale tutela giurisdizionale da parte del giudice con-*

corsuale contro il pregiudizio di una mancata adesione - o parere contrario - del fisco alla proposta, qualora quest'ultima risulti essere più conveniente rispetto all'ipotesi della liquidazione. La discrezionalità riconosciuta all'amministrazione finanziaria nella definizione di accordi transattivi trova in tal modo bilanciamento nel sindacato giudiziale sul parere assente o negativo circa la proposta concordataria (in www.ilcaso.it).

La norma, così interpretata, diventa norma di sistema all'interno della soluzione concordata della crisi di impresa (e nella soluzione concordata dei soggetti non fallibili).

Norma facente parte del Codice della Crisi di Impresa, effettivamente non ancora in vigore, ma trasportata nel sistema positivo dall'art. 3 del decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla legge 27 novembre 2020, n. 248.

In questa seconda chiave di lettura il legislatore si fa carico di attribuire alla Giurisdizione ordinaria il compito di superare le inerzie e le resistenze che ha riscontrato nelle prassi delle decisioni sulle transazioni fiscali da parte dell'amministrazione e sicuramente per favorire la soluzione concordata delle crisi di impresa senza dimenticare, peraltro, che il superamento del voto negativo del creditore fiscale resta vincolato alla miglior soddisfazione che il medesimo potrà ottenere in sede concordataria piuttosto che in sede fallimentare.

Ciò premesso in via generale, può ora passarsi ad esaminare il caso di specie in una duplice prospettiva. In primo luogo, per dar conto dei passaggi essenziali del piano concordatario al fine di stabilire la convenienza o meno rispetto all'alternativa fallimentare; e, alla luce di tale giudizio, prendendo definitiva posizione sulla possibilità o meno di attuare il prospettato cram down nella seconda prospettiva sopra delineata: con la premessa che, come chiaramente evincibile dal verbale di adunanza dei creditori e dalla successiva relazione del Commissario Giudiziale, l'adesione dell'Agenzia Entrate Riscossione risulta decisiva al fine dell'ottenimento delle maggioranze di legge. Queste le classi concordatarie:

(... *Omissis*...)

Dall'esame dell'attestazione e della relazione 172 L. fall del commissario giudiziale emerge, altresì, l'assoluta convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa concordataria.

La proposta di pagamento concordataria per l'amministrazione finanziaria è la seguente:

d. i crediti privilegiati della classe 4, pari complessivamente ad € 3.235.333,63, oltre eventualmente il fondo rischi per interessi pari ad € 22.000,00 nella misura del 40%;

e. i crediti chirografari della classe 5, pari complessivamente ad € 2.332.061,01, nella misura del 5,50%;

Nei seguenti termini

(... *Omissis*...)

In sintesi, la proposta di piano è la seguente:

Il piano si basa sul presupposto principale della continuazione dell'attività, prima in capo all'affittuaria Nextcom Srl e successivamente nuovamente in proprio.

Attualmente è in corso di esecuzione un primo contratto di affitto di ramo d'azienda con Nextcom Srl con scadenza il 31/12/2023 e canone annuo di € 200.000,00.

L'offerta dell'affittuaria di ampliare il contratto allo sfruttamento di alcuni marchi di proprietà ed il contestuale prolungamento a tutto il 31/12/2028 della durata del contratto permetterà di distribuire ai creditori, oltre quanto previsto dal contratto d'affitto originario, altri € 1.260.400,00 (seppur da ridurre dello sconto dei sei mesi del 2020 a causa della pandemia Covid). Quest'offerta, vincolata dall'omologa del concordato, appare quindi come

elemento positivo e fondamentale a favore del buon esito della procedura.

L'ulteriore contributo dell'affittuaria, sotto forma di proroga della cessazione del contratto d'affitto, porterà nelle casse di MN quanto necessario a coprire gli ulteriori oneri emersi a febbraio 2020, per un importo massimo di € 68.091,23.

Altro elemento fondante, che consente un seppur minimo riparto ai creditori chirografari è l'apporto dei soci di € 160.000,00.

Pertanto, in caso di omologa, i creditori potrebbero avvantaggiarsi della somma messa a disposizione dai soci e dell'ampliamento del contratto d'affitto, per un maggior attivo complessivo di € 1.320.400,00 oltre al contributo variabile, per un importo totale massimo di € 1.388.491,22.

Questo, appunto, in caso di continuità indiretta dell'attività fino ad oggi svolta dalla proponente.

Per il caso di fallimento, diversamente, la cessazione di ogni attività comporterebbe il venir meno del valore aziendale concretizzatosi nell'affitto di azienda e, sostanzialmente, il venir meno della pressoché totale della liquidità ad oggi garantita dalla continuità indiretta.

Così si è espresso il commissario nella sua relazione 172 L. Fall:

3) La soddisfazione parziale dei creditori privilegiati ex art 160, comma 2, l'ipotesi alternativa fallimentare.

L'attestatore ha fornito altresì la relazione richiesta dall'art. 160, comma 2, L.F. in quanto il piano prevede il pagamento parziale di taluni creditori privilegiati classe 4a Erario). In essa da motivata evidenza del fatto che in seguito all'omologa del concordato i creditori potranno beneficiare delle maggiori risorse provenienti dai soci e dal prolungamento dell'affitto di azienda, complessivamente 1.4 ML e che tali risorse sarebbero assenti in una alternativa procedura fallimentare.

L'ipotesi liquidatoria fallimentare viene analizzata alle pagine 31 e seguenti del piano e alle pagine 16,20 e seguenti della relazione dell'attestatore.

Si legge infatti nel piano che "la valorizzazione dell'azienda, attraverso una cessione a terzi o direttamente all'affittuaria o ancor meglio solo per la prosecuzione del contratto di affitto, non tiene conto delle complesse conseguenze, morali e commerciali che emergerebbero in caso di fallimento.

Ben difficilmente, infatti, la liquidazione fallimentare potrebbe consentire all'azienda di proseguire pacificamente un'attività svolta in un ambiente sensibile a queste evenienze e molto selettivo per quanto riguarda la scelta dei soggetti a cui affidare le proprie campagne pubblicitarie.

Sarebbe quindi probabile la necessità di una rinegoziazione del canone di affitto, riducendo di fatto il valore dell'azienda. Inoltre perseguendo il tentativo di vendere a terzi un'azienda che per modalità operativa non ha contratti pluriennali ma solo contatti con la clientela, il fallimento determinerebbe certamente uno sviamento dell'avviamento, in misura probabilmente oltre i canoni di affitto previsti a Piano".

Al riguardo alla pagina 17 del piano la società descrive che "l'attività di barter non è basata su contratti di lunga durata, ma si sostanzia in medio piccoli ordini ricevuti mensilmente per campagne pubblicitarie di breve periodo. Il settore della pubblicità si orienta infatti in campagne della durata massima di qualche settimana, al limite un mese."

Si richiama quanto riportato alla pagina 10 della relazione dell'attestatore il quale evidenzia che "la valutazione di detta azienda che consta di ben pochi beni materiali, dei contatti professionali degli ex amministratori e soci e dei dipendenti mantenuti in organico non può che dipendere quasi esclusivamente dalla sua capacità di generare reddito e flussi finanziari."

Tali caratteristiche e valutazioni hanno evidenziato l'aleatorietà, con riguardo anche agli effetti economici che potranno derivare dall'attuale emergenza sanitaria, dell'individuazione di un concreto e certo valore ricavabile dalla cessione dell'azienda, da considerare, in oggi, nella comparazione della procedura concordataria con l'alternativa della liquidazione fallimentare.

Conclusivamente si evince che l'ipotesi liquidatoria fallimentare, richiamate le riserve espresse dall'attestatore in pagine 16 e 22 della sua relazione:

- consentirebbe un pagamento di circa l'8% - contro il 40% concordatario in classe 4) - dei crediti privilegiati dell'Erario, con un residuo insoddisfatto di circa € 3 milioni rispetto agli € 1.9 milioni degradati al chirografo. Interamente soddisfatti i precedenti privilegi al pari della proposta concordataria;

- non darebbe luogo ad alcun pagamento in favore dei creditori chirografari, inclusi tra questi sia l'Erario che gli Enti previdenziali, che nella proposta di concordato verrebbero invece soddisfatti con una percentuale del 5.50% assegnata alle classi 5 e 6.

Il professionista attesta quindi, nello specifico, alla pag. 16, "anche a termini dell'art 3 comma 1 bis D.L. 125/2020 per come introdotto dalla L. 159/2020 che la proposta di soddisfacimento dell'amministrazione e degli enti, per come formulata dalla media next nella proposta di concordato è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria fallimentare".

Il professionista attesta infine, ai sensi di quanto richiesto dall'art. 186-bis, comma 2, L.F., nella citata relazione 21/12/2020 in atti, "...che la prosecuzione dell'attività di impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori".

Ed ancora:

Conclusivamente si evince che l'ipotesi liquidatoria fallimentare, richiamate le riserve espresse dall'attestatore in pagine 16 e 22 della sua relazione:

- consentirebbe un pagamento di circa l'8% - contro il 40% concordatario in classe 4) - dei crediti privilegiati dell'Erario, con un residuo insoddisfatto di circa € 3 milioni rispetto agli € 1.9 milioni degradati al chirografo. Interamente soddisfatti i precedenti privilegi al pari della proposta concordataria;

- non darebbe luogo ad alcun pagamento in favore dei creditori chirografari, inclusi tra questi sia l'Erario che gli Enti previdenziali, che nella proposta di concordato verrebbero invece soddisfatti con una percentuale del 5.50% assegnata alle classi 5 e 6.

Per tali ragioni il Commissario ha così concluso:

- tenuto conto anche dell'ipotesi alternativa del fallimento illustrata alla pag., 31 e successive del piano, corredata dall'analisi e attestazione del professionista, commentata al capitolo 3), che comporterebbe un minor soddisfacimento dei creditori privilegiati e nessun pagamento ai creditori chirografari:

ritiene che la proposta concordataria presentata dalla società, nel regime della continuità aziendale indiretta, sia nell'interesse dei creditori.

Né sono emerse situazioni di responsabilità che potrebbero generare azioni legali volte a recuperare attivo distribuibile per il caso di fallimento.

Tutto ciò premesso e considerato, ritiene il Tribunale che debba darsi seguito alla tesi della possibilità di superamento del voto negativo dell'amministrazione finanziaria, qualora determinante al fine del raggiungimento delle maggioranze di legge e qualora la proposta concordataria sia più conveniente dell'alternativa liquidatoria, in base alla seconda opzione interpretativa in precedenza illustrata.

Non ci si può limitare infatti all'interpretazione letterale della

locuzione "mancanza di voto" perdendosi, altrimenti, la portata riformatrice complessiva del nuovo precetto normativo voluto dal legislatore (come sopra ricordato ed indicato dal medesimo nella relazione di accompagnamento al Codice della Crisi di Impresa, ove la norma è nata) per superare le fortissime resistenze mostrate dall'Amministrazione Finanziaria in sede di approvazione delle transazioni fiscali.

Sul punto appare dirimente, ad avviso del Collegio, la recente pronuncia della Suprema Corte che, decidendo a SS.UU. in punto di giurisdizione nella materia in esame, con ordinanza n. 8504 del 25.3.2021 ha stabilito: *Le controversie relative al mancato assenso dell'agenzia fiscale alle proposte di trattamento dei crediti tributari regolate dall'art. 182 ter della l.fall. spettano, anche con riguardo al periodo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 14 del 2019, alla giurisdizione ordinaria del tribunale fallimentare, considerata l'obbligatorietà di tali proposte nell'ambito delle procedure nelle quali sono consentite ed in ragione, altresì, del disposto degli artt. 180, 182 bis e 182 ter l.fall., nel testo modificato dal citato d.lgs. n. 14 del 2019 e dal d.l. n. 125 del 2020, da cui si evince la prevalenza, con riferimento all'istituto in esame, dell'interesse concorsuale su quello tributario, senza che assuma rilievo, invece, la natura giuridica delle obbligazioni oggetto dei menzionati crediti.*

In particolare, in motivazione si legge:

peculiari, finalità, piuttosto che nell'ambito delle procedure di attuazione dei tributi.

Insomma ed in sintesi, con la scelta in questione, il legislatore della riforma ha incastonato la transazione fiscale con maggior chiarezza nel campo del diritto fallimentare, ancorché ne siano evidenti i riflessi di diritto tributario.

A partire dalla unificante ratio legis, come detto, sancita dal comune tratto della obbligatorietà della proposta transattiva nelle procedure concorsuali in oggetto, che va individuata non nell'interesse fiscale che è la "causa prima" dell'obbligazione tributaria, del quale si controverte nelle liti tributarie "comuni", bensì nell'interesse concorsuale che è invece la "ragione fondativa" delle procedure concordatarie ed assimilabili, sempre più mirate alla conservazione del "bene impresa".

In altri termini, la transazione fiscale "obbligatoria" rappresenta l'esigenza di bilanciare appunto i due interessi sicché l'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione finanziaria nello stipulare accordi transattivi concorsuali è in questo senso palesemente finalizzata, sia pure in considerazione del miglior soddisfacimento possibile del suo interesse proprio, ed è appunto bilanciata dal sindacato giudiziale sul dimiego di accettazione della proposta transattiva, dalla normativa attualmente vigente, chiaramente, assegnato al giudice ordinario fallimentare.

Ma, nella sostanziale invarianza dei presupposti e delle modalità del "trattamento dei crediti tributari" dettate da quest'ultima e da quella previgente - e qui ratione temporis applicabile, deve ritenersi che anche dalla seconda tale sindacato fosse comunque affidato allo

Ed ancora

Tenuto conto delle superiori considerazioni, non può infatti ritenersi sufficiente a fare rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 2, d.lgs. 546/1992 (limite esterno della giurisdizione tributaria speciale) la mera natura giuridica delle obbligazioni oggetto della transazione fiscale, ma, come detto, è necessario valorizzare la prevalente/assorbente finalità concorsuale dell'accordo transattivo e quindi del suo mancato raggiungimento a causa del dissenso opposto dall'Ente impositore, mentre la sussumibilità di tale rifiuto in una delle fattispecie indicate nell'art. 19, d.lgs. 546/1992 (limite interno della giurisdizione tributaria speciale) non risulta rilevante ai fini della questione di giurisdizione in esame. Infatti è indirizzo

consolidato nella giurisprudenza di questa Corte ritenere che tale disposizione processuale speciale, indicando -con elencazione suscettibile di , interpretazione estensiva, in ossequio ai principi costituzionali di tutela del contribuente (artt. 24 e 53 Cost.) e di buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) - la tipologia degli atti oggetto di impugnazione, riguarda la diversa questione della proponibilità della domanda dinanzi al giudice tributario, in ragione della inclusione o meno dell'atto nel citato elenco (tra le molte, cfr. Cass., Sez. Un. 3774 del 18/02/2014, Rv. 629555 - 01).

Ad avviso del Collegio, la valorizzazione del prevalente/assorbente valore concordatario dell'adesione dell'Erario è discriminante, non solo al fine di individuare il Giudice competente, ma anche in punto di sindacato in concreto esercitabile. Tale sindacato non può avere ad oggetto la legittimità dell'atto come spetterebbe al Giudice amministrativo in sede di legittimità e neppure il merito sul rapporto tributario come, diversamente, spetterebbe alla Commissione Tributaria in sede di giudizio di impugnazione dell'atto.

All'AGO non può quindi che essere rimesso il vaglio sulla maggior convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria, da valutarsi sulla base delle risultanze della relazione del professionista attestatore e di ogni altro elemento acquisito al procedimento, in primo luogo la relazione ex art. 172 L. Fall. del Commissario Giudiziale (in questo senso, vedi l'art. 180, comma 4, L. Fall.).

Si tratta perciò di un sindacato che parte, necessariamente, dall'esame del voto negativo espresso e dalla sua motivazione nella considerazione che le scelte dell'Erario, diversamente da ogni altro creditore privato, sono soggette al sindacato giurisdizionale, in quanto non sono espressione di mere scelte egoistiche, ma di tutela di interessi collettivi e nel rispetto del buon andamento della pubblica amministrazione.

Nel caso in esame l'amministrazione finanziaria ha espresso voto negativo dal seguente tenore:

La maggior disponibilità finanziaria prospettata dalla Media Next deriva unicamente dalla liquidità della Next Com, società affittuaria del ramo di azienda che ha incrementato in misura sostanziale i propri volumi di vendita e conseguentemente di incassi grazie al subentro nella attività della Media Next.

In altre parole, la suddetta liquidità sarebbe stata nelle disponibilità di Media Next se non ci fosse stato l'affitto di ramo d'azienda.

In definitiva, se la percentuale di soddisfazione del credito erariale risulta essere decisamente migliorata, non si può affermare altrettanto circa le garanzie di riuscita del piano, che allo stato attuale, continuano a non sembrare così solide, peraltro, l'affittuaria del ramo d'azienda (Next com SRL) a seguito degli inattesi cambiamenti economici del mercato generati dalla pandemia si è trovata impossibilitata a rispettare gli accordi finanziari sottoscritti così da dover chiedere a Media Next di rinunciare ad un semestre di affitto per l'anno 2020 e rinviando al 2021 il pagamento del secondo semestre 2020. Da qui la necessità di prorogare di un anno (fino al 11/12/2028) la durata del contratto.

Va ricordato, che le due società, seppur distinte, sotto il profilo della loro operatività commerciale, sono riconducibili ai medesimi soggetti, per cui la Media Next difficilmente avrebbe potuto rifiutare la proposta di Next Com Srl.

Nondimeno, deve osservarsi come continuano a non apparire affatto chiare le ragioni del dissesto raggiunto dalla società, risultando oltremodo difficile individuare una causa principale cui imputare l'attuale situazione debitoria, se non quello come già visto, di essere la mera conseguenza del mancato versamento di imposte liquidate dalle dichiarazioni presentate e dalla volontà di voler continuare l'attività con altra "veste" tentando di disfarsi

di parte del debito accumulato.

Del resto, considerato che non sono emerse variazioni del modello di business o di impiego delle risorse produttive, né sono stati presentati cambiamenti di scenario (avvenuti o futuri) favorevoli all'attività aziendale esercitata, non si comprende per quale motivo Media Next abbia raggiunto uno stato di insolvibilità tale da giustificare il ricorso alla procedura concorsuale, mentre il medesimo ramo aziendale, concesso in affitto, debba risultare fin da subito profittevole a tal punto da garantire un canone annuo elevato per circa un decennio, orizzonte temporale ..dopo il quale l'azienda dovrebbe tornare alla società proponente.

In conclusione, la maggiore convenienza della nuova proposta concordataria, raffrontata al grado di soddisfacimento della procedura liquidatoria individuato nella misura di circa l'8%, pur assumendo, anche sulla scorta delle novità legislative introdotte dalla Legge 159/2020 entrata in vigore il 4/12/2020, una particolare importanza, non è comunque sufficiente a superare le perplessità in ordine alla reale fattibilità del piano concordatario, basato sul regolare pagamento dei canoni di affitto dovuti dalla società affittuaria viste le previsioni di sviluppo del mercato di riferimento secondo i maggiori operatori dello stesso.

Le motivazioni a sostegno del voto negativo, quindi, si sostanziano non tanto nella maggiore convenienza dell'ipotesi fallimentare rispetto a quella concordataria (data per presupposta, effettivamente), quanto nella fattibilità del piano nel suo complesso e nelle garanzie che lo assistono.

Sul punto la relazione del Commissario appare chiara e puntuale in senso favorevole alla fattibilità del piano anche in assenza di garanzie proprie le quali, certamente, avrebbero potuto rafforzare le aspettative di successo del piano ma non mutano l'equilibrio generale della soluzione negoziale rispetto alla minor convenienza dell'alternativa liquidatoria: per definizione mai garantita e, nel caso di specie, assolutamente inconsistente sul piano economico.

Tanto più che le difficoltà momentanee occorse nel 2020, collegate al fermo delle attività dovuto proprio alla nota emergenza Covid 19 - che in un primo momento sembravano poter pregiudicare la fattibilità del piano concordatario - risultano allo stato risolte.

L'alternativa liquidatoria, conclusivamente, risulta meno favorevole.

Il piano, come attestato, ha superato il vaglio anche del Commissario Giudiziale in punto di sua fattibilità.

Conseguentemente il Tribunale, sterilizzato il voto negativo dell'Agenzia Entrate Riscossione, non giustificato dai precedenti rilievi sulla sicura convenienza della soluzione negoziale rispetto all'alternativa liquidatoria, ritiene raggiunte le maglianze necessarie per l'approvazione del concordato.

Si rende, pertanto, necessario, fissare l'udienza collegiale del 1.7.21 ore 11,30 per l'omologa dello stesso.

Manda il proponente per l'iscrizione della causa a ruolo e per la notifica al Commissario ed ai creditori dissenzienti.

Precisa che l'udienza sarà tenuta in videoconferenza a mezzo teams di microsoft al seguente link

(...Omissis...)

Tribunale di Savona, ord. 3 giugno 2021 - Giudice Unico Tagliasacchi.

LOCAZIONE - sospensione automatica e generalizzata dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili locati - impossibilità da parte del Giudice di valutare comparativamente le condizioni economiche di

conduttore e locatore e la meritevolezza dei contrapposti interessi - questione di legittimità costituzionale - sussiste.

(Art. 103, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18)

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 103, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito nella L. 24 aprile 2020, n. 27; dell'art. 13, comma 13, del D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito nella L. 26 febbraio 2021 n. 21; dell'art. 40-quater del D.L. 22 marzo 2021, n. 41, convertito nella L. 21 maggio 2021, n. 69 in relazione agli articoli 3, 11, 24, 41, 42, 111, 117 Cost., Art. 6 CEDU, Art. 1 Protocollo Addizionale 1 CEDU, Art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella parte in cui prevedono una sospensione automatica e generalizzata dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili locati e precludono al giudice ogni margine di prudente apprezzamento del caso concreto, sotto il profilo della valutazione comparativa delle condizioni economiche di conduttore e locatore e della meritevolezza dei contrapposti interessi.

(...Omissis...)

Fatto.

L'odierna ricorrente __ proprietaria dell'appartamento sito in __ condotto in locazione ad uso abitativo da __, nato in __ e residente in __, al canone annuo di euro 4.560,00, intimava, con atto notificato il 20/11/2020, sfratto per morosità e contestuale citazione per la convalida nei confronti del predetto conduttore, per l'udienza del 20/1/2021 dinanzi a questo Tribunale, instando per la pronuncia di ingiunzione di pagamento, immediatamente esecutiva, per la somma di euro 1.600,00 a titolo di canoni scaduti, euro 889,00 a titolo di oneri non rimborsati (bolletta acqua, euro 112,00; rata TARI, euro 188,00; spese condominiali, euro 589,78).

Con decreto del 20 gennaio 2021 l'intimato sfratto era convalidato con la fissazione della data del 19/2/2021 per l'esecuzione nonché venivano liquidate in favore dell'Erario le spese processuali, essendo, altresì, in pari data apposta la formula esecutiva.

Frattanto, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Savona, in accoglimento dell'istanza della locatrice, pervenuta il 9/10/2020, aveva ammesso la richiedente al patrocinio a spese dello Stato, con deliberazione assunta nella seduta del 23 ottobre 2020.

Nell'inerzia del conduttore, la locatrice notificava in data 15/3/2021 il titolo munito di formula esecutiva e l'atto di precetto per rilascio nonché, decorsi i termini di legge, richiedeva all'U.N.E.P. territorialmente competente di procedere all'esecuzione del provvedimento di rilascio, ricevendo verbalmente notizia dell'attuale impossibilità ex lege di procedere, donde la proposizione del presente reclamo al Giudice dell'esecuzione avverso il diniego dell'Ufficiale Giudiziario, con prospettazione della questione di legittimità costituzionale del regime di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, disposta in origine dall'art. 103, comma sesto, del D.L. n. 18 del 2020, convertito nella L. n. 27 del 2020 e successive proroghe.

A scioglimento della riserva, debesi preliminarmente dare atto della corretta individuazione, ad opera dell'attuale parte ricorrente, del referente normativo applicabile nella specie, afferente al rifiuto dell'Ufficiale Giudiziario in ordine al compimento dell'atto richiestogli, consistente nel reclamo al Giudice dell'esecuzione, con l'avvertenza che, soltanto in caso di rigetto di detto reclamo, sarebbe proponibile l'opposizione agli atti ese-

cutivi. Per risalenti enunciazioni del principio cfr. Cass. civ. n. 7674 del 2008, secondo cui: *“Il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, di cui all'art. 617 c.p.c., è esperibile soltanto contro atti riferibili al giudice dell'esecuzione, il quale è l'unico titolare del potere di impulso e controllo del processo esecutivo. Quando, invece, l'atto (anche eventualmente omissivo) che si assume contrario a diritto sia riferibile non al giudice, ma ad un suo ausiliario, ivi compreso l'ufficiale giudiziario, esso è sottoponibile al controllo del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 60 c.p.c. o nelle forme desumibili dalla disciplina del procedimento esecutivo azionato e solo dopo che il giudice stesso si sia pronunciato sull'istanza dell'interessato sarà possibile impugnare il suo provvedimento con le modalità di cui all'art. 617 c.p.c.”* (In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha ritenuto inammissibile l'opposizione ex art. 617 c.p.c. avverso il rifiuto dell'Ufficiale Giudiziario di procedere ad un secondo accesso al domicilio del debitore, al fine di individuare ulteriori beni mobili da pignorare).

In ordine all'art. 103, comma sesto, del D.L. n. 18 del 2020, convertito nella L. n. 27 del 2020 - secondo cui, nella formulazione originaria, *“L'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 31 dicembre 2020”* - è intervenuto, dapprima, il provvedimento di proroga del termine fino al 30 giugno 2021, di cui all'art. 13, comma 13, del D.L. 31 dicembre 2020 n. 183, convertito nella L. 26 febbraio 2021 n. 21 e, successivamente, l'ulteriore proroga disposta dall'art. 40-quater del D.L. n. 41 del 2021, convertito nella L. n. 69 del 2021.

La disposizione da ultimo citata, indicata con la rubrica *“Disposizioni in materia di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili”*, stabilisce quanto segue: *“La sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, prevista dall'articolo 103, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze e ai provvedimenti di rilascio conseguenti all'adozione, ai sensi dell'articolo 586, secondo comma, del codice di procedura civile, del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari, è prorogata:*
a) fino al 30 settembre 2021 per i provvedimenti di rilascio adottati dal 28 febbraio 2020 al 30 settembre 2020;
b) fino al 31 dicembre 2021 per i provvedimenti di rilascio adottati dal 1° ottobre 2020 al 30 giugno 2021”.

Questo Giudice condivide i dubbi di legittimità costituzionale delle disposizioni che precedono, sollevati dalla difesa di parte reclamante e, in particolare, di tale ulteriore proroga della sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, ritenendo sussistente il requisito della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle stesse, che, con la presente ordinanza, ritiene di dover sottoporre al vaglio della Ecc.ma Corte Costituzionale per i motivi di seguito esposti.

Diritto.

Preliminarmente, con riferimento alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale rispetto processo in corso, occorre osservare che le norme di cui trattasi risultano di necessaria applicazione, atteso che con l'atto introduttivo del presente procedimento è stato proposto reclamo avverso il diniego dell'Ufficiale Giudiziario di procedere alla liberazione dell'immobile locato e che tale rifiuto è condizionato proprio dall'applicazione delle disposizioni in questione, con l'ulteriore precisazione che essendo stato il provvedimento di convalida adottato in data 20/1/2021, il caso di specie ricade nell'ambito

dell'ulteriore e più estesa proroga prevista dal legislatore con l'art. 40-quater del D.L. n. 41 del 2021, convertito nella L. n. 69 del 2021, destinata a protrarsi fino al 31/12/2021. Ne consegue che soltanto l'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale della norma implicherebbe l'accoglimento del proposto reclamo, laddove una diversa valutazione della Corte ne comporterebbe la reiezione, stante, in tale secondo caso, la legittimità del rifiuto di procedere all'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile.

Con riferimento alla non manifesta infondatezza della questione, si deve rilevare che la sospensione della liberazione degli immobili pone un dubbio di legittimità costituzionale in relazione alle disposizioni di seguito indicate.

1) Art. 3, commi 1 e 2, Cost.

Sotto un primo profilo, le norme censurate appaiono in contrasto con l'art. 3 Cost., commi 1 e 2, atteso che introducono una misura sproporzionata e irragionevole per una pluralità di ragioni. In primo luogo, si tratta di una disciplina riferita indistintamente a tutti i provvedimenti di sfratto per morosità, ivi inclusi quelli rispetto ai quali l'inadempimento si è manifestato in epoca antecedente alla pandemia da Covid-19 e, dunque, non può ovviamente essere ad essa causalmente ricollegabile. In tal modo, dunque, il legislatore ha collocato sul medesimo piano e ha trattato nello stesso modo situazioni tra loro del tutto diverse, senza distinguere le ipotesi in cui la situazione di incolpevole morosità del conduttore è effettivamente dipesa dall'emergenza pandemica da quelle in cui l'inadempimento risulta, invece, del tutto privo di relazioni causali con essa, sicché, in tale prospettiva, si delinea un dubbio di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 3, comma 1, Cost.

In secondo luogo, le norme censurate impongono una generalizzata sospensione della liberazione degli immobili, precludendo qualsiasi valutazione del giudice in ordine alla comparazione delle condizioni economiche delle parti e della meritevolezza degli interessi contrapposti, accordando una tutela assoluta, in via preordinata e aprioristica, esclusivamente alla posizione del conduttore, senza alcuna considerazione per quella del locatore. Questo Giudice ritiene che l'impostazione seguita dal legislatore con le norme censurate sia irragionevole perché impedisce un prudente apprezzamento della situazione concreta e preclude conseguentemente un equilibrato temperamento degli interessi delle parti.

Inoltre, la preferenza automaticamente riconosciuta alla posizione del conduttore risulta ingiustificata ove si consideri che la pandemia ha avuto effetti pregiudizievoli generalizzati, laddove il legislatore sembra muovere dall'infondato presupposto che l'emergenza pandemica abbia colpito esclusivamente la categoria dei conduttori, categoria peraltro del tutto eterogenea, lasciando, invece, indenne quella - parimenti eterogenea - dei locatori.

L'irragionevolezza della scelta del legislatore di non riservare al giudice alcun margine di apprezzamento del caso concreto, sotto il profilo della valutazione comparativa delle condizioni delle parti, risulta particolarmente evidente nelle situazioni estreme, come quella oggetto del presente procedimento, ove la parte locatrice risulta economicamente debole, trattandosi di persona, ammessa al patrocinio a spese dello Stato, che trae il proprio reddito esclusivamente dalla locazione dell'immobile in questione e che, dunque, è posta in seria difficoltà economica dall'impossibilità di percepire i relativi canoni per oltre un anno, fino al 31/12/2021. Invero, le disposizioni censurate, impedendo la liberazione dell'immobile quando anche la parte locatrice, o addirittura solo quest'ultima, si trovi in stato di indigenza o comunque di difficoltà economica,

accordano un'irragionevole e sproporzionata automatica preferenza unilaterale alla posizione del conduttore, finanche agevolando condotte abusive di quest'ultimo. In tale prospettiva, il dubbio di legittimità costituzionale riguarda, pertanto, non solo il comma 1, ma anche il comma 2 dell'art. 3 Cost., poiché, oltre ad esservi l'irragionevole preferenza automatica sopra segnalata, vi è anche la totale omissione della considerazione di una possibile situazione di particolare debolezza della parte locatrice, omissione che, appunto, assume rilievo in relazione al comma 2 dell'art. 3 Cost.

Tali considerazioni mettono anche in luce le significative differenze rispetto alle precedenti disposizioni di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio oggetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 310/2003, richiamata anche nella successiva n. 155/2004, ove la Corte si era pronunciata in relazione alla questione legittimità costituzionale sollevata in via incidentale con riferimento all'art. 1 del decreto legge 27 dicembre 2001, n. 450 (Proroga di termini in materia di sospensione di procedure esecutive per particolari categorie di locatari e di copertura assicurativa per le imprese nazionali di trasporto aereo), convertito, con modificazioni, nella legge 27 febbraio 2002, n. 14, che aveva prorogato (per la terza volta) la sospensione delle procedure di esecuzione forzata di rilascio di immobili ad uso abitativo nei confronti di inquilini appartenenti a determinate categorie ritenute suscettibili di particolare protezione. Dette categorie erano individuate attraverso i requisiti indicati dall'art. 80, comma 20, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001), consistenti nell'annoverare nel proprio nucleo familiare ultrasessantacinquenni o handicappati gravi, e nel non disporre di altra abitazione o di redditi sufficienti ad accedere all'affitto di una nuova casa.

Appare rilevante, infatti, la circostanza che in quell'ipotesi la sospensione della liberazione degli immobili era non già generalizzata, come quella prevista dalle norme che vengono in rilievo in questa sede, bensì limitata a precise e delimitate categorie di soggetti in considerazione delle specifiche situazioni di particolare debolezza in cui gli stessi si trovavano. Peraltro, è molto significativo che proprio con la citata sentenza n. 310/2003, la stessa Corte Costituzionale aveva evidenziato la necessità di una valutazione comparativa delle condizioni economiche di conduttore e locatore, affermando che *“Non si intende con ciò negare che il legislatore debba farsi carico delle esigenze di coloro che si trovano in particolari situazioni di disagio, in quanto appartenenti a categoria protetta, ricorrendo ad iniziative del settore pubblico o accordando agevolazioni o ricorrendo ad ammortizzatori sociali; ma non può indefinitamente limitarsi, per di più senza alcuna valutazione comparativa, a trasferire l'onere relativo in via esclusiva a carico del privato locatore, che potrebbe trovarsi in identiche o anche peggiori situazioni di disagio”*.

In definitiva, dunque, può affermarsi che, con le disposizioni censurate, il legislatore abbia inteso far gravare su una parte di cittadini, indebitamente e indistintamente ritenuti capaci di sopportarne le conseguenze, una misura di carattere sostanzialmente assistenziale, che avrebbe dovuto essere posta a carico della fiscalità generale.

2) Artt. 41, 42 e 117 Cost. e Art. 1 Protocollo Addizionale 1 CEDU.

Sotto un secondo profilo, le norme censurate paiono in contrasto con le disposizioni costituzionali e convenzionali che tutelano il diritto di proprietà e l'autonomia negoziale, atteso che la sospensione della liberazione dell'immobile in seguito all'adozione di un provvedimento di sfratto per morosità divenuto

definitivo svuota il contenuto sostanziale del diritto del proprietario, senza prevedere alcun indennizzo in suo favore.

La sospensione in questione, infatti, preclude al locatore, da un lato, di utilizzare per sé l'immobile ovvero di altrimenti goderne in via mediata attraverso la locazione ad altri e, dall'altro lato, gli impedisce di percepire il canone di locazione, atteso che, appunto, trattandosi di sfratto per morosità, si verte in situazioni in cui per definizione il conduttore non versa il canone di locazione. Né può obiettarsi che il locatore abbia comunque la ragionevole possibilità di recuperare in futuro i canoni non pagati nella loro interezza, poiché, in via di fatto, secondo l'*id quod plerumque accidit*, risulta particolarmente difficile se non impossibile per il locatore ottenere la soddisfazione del suo credito, soprattutto qualora, come nel presente procedimento, il conduttore sia insolubile. Al riguardo il legislatore, prevedendo la sospensione della liberazione dell'immobile locato, non si è dato cura di introdurre disposizioni volte a tutelare il diritto di credito del locatore per i canoni non pagati né ha previsto forme di garanzia per l'ipotesi di conduttori insolubili.

Va ulteriormente evidenziato, sotto questo profilo, che la misura della sospensione risulta ulteriormente irragionevole ove si tenga conto che, a fronte del mancato percepimento dei canoni di locazione, resta immutato l'obbligo del proprietario locatore di sostenere le spese e gli altri oneri, anche fiscali, derivanti dalla titolarità del diritto di proprietà dell'immobile, salvo il solo credito di imposta riconosciuto dall'art. 6-septies del DL n. 41/2021 convertito nella L. n. 69/2021.

3) Artt. 11, 24, 111, 117 Cost., Art. 6 CEDU, Art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Sotto un ulteriore profilo, le disposizioni censurate paiono in contrasto con le norme costituzionali e convenzionali che delineano il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti, poiché sospendono l'esecuzione del provvedimento di convalida di sfratto per un rilevante periodo di tempo (circa dodici mesi), privando di una tutela giurisdizionale effettiva, anche in relazione alla ragionevole durata del processo, il soggetto che abbia già ottenuto il titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile.

Sul punto, va sottolineato, in particolare, che l'art. 24 Cost. è volto a garantire una tutela giurisdizionale effettiva anche nella fase esecutiva, come affermato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 321/1998 e n. 198/2010 nonché dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass. SU nn. da 19883 a 19888 del 2019).

Con riferimento all'art. 6 CEDU, occorre preliminarmente dare atto che esso deve essere interpretato alla luce della giurisprudenza «consolidata» della Corte di Strasburgo, secondo quanto ha avuto modo di precisare la Corte Costituzionale da ultimo nella sentenza n. 49/2015.

Per quanto rileva in questa sede, non può dubitarsi che si sia formata una giurisprudenza consolidata circa la riferibilità del diritto all'accesso alla giustizia di cui all'art. 6 CEDU anche al processo esecutivo, atteso che è la stessa Corte di Strasburgo a richiamare il suo primo precedente sul punto, *Hornsby c. Grecia* del 19 marzo 1997, nelle sue successive pronunce (come avvenuto per esempio nella sentenza *De Trana c. Italia* del 16 ottobre 2007). La circostanza che sia la stessa Corte di Strasburgo a richiamare propri precedenti pare di per sé suggerire che si sia in presenza di un'interpretazione sufficientemente consolidata nel senso indicato dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 49/2015. Si deve dunque ritenere che, come affermato in *Hornsby c. Grecia*, l'esecuzione di una sentenza o di una decisione, di qualsiasi autorità giudiziaria si tratti, deve essere considerata come facente parte integrante del «processo» ai sensi dell'ar-

ticolo 6 della Convenzione. Sebbene tale diritto non sia assoluto e sia per sua stessa natura soggetto alla necessità di una disciplina da parte dello Stato, le limitazioni introdotte con le disposizioni censurate e le successive proroghe comprimono le possibilità di accesso alla giustizia in modo tale da compromettere il diritto nella sua stessa sostanza.

La Corte europea ha avuto altresì modo di precisare che le limitazioni del diritto di accedere alla giustizia si possono conciliare con l'articolo 6 della Convenzione solo se perseguono un fine legittimo e se esiste un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito (cfr. *Popescu c. Romania*, del 2 marzo 2004).

Nel caso di specie, poiché viene totalmente preclusa l'esecuzione di una decisione giudiziaria definitiva, è da ritenersi che la limitazione dell'accesso alla giustizia sia tale da compromettere in radice la stessa sostanza del diritto garantito dall'art. 6 della Convenzione e questo Giudice dubita che tale limitazione - protratta per la durata di un anno - soddisfi il rapporto di ragionevole proporzionalità menzionato dalla Giurisprudenza della Corte europea, pur alla luce del contesto di emergenza e tenuto conto della ratio legittima dell'intervento del legislatore, volto a contenere gli effetti economici e sociali della pandemia.

Al riguardo, appare, inoltre, rilevante quanto affermato dalla stessa Corte Costituzionale nelle già citate pronunce n. 310/2003 e n. 155/2004, relative a precedenti provvedimenti di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili.

In quell'occasione, la Corte Costituzionale, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, ebbe modo di precisare che *“la sospensione della esecuzione per rilascio costituisce un intervento eccezionale che può incidere solo per un periodo transitorio ed essenzialmente limitato sul diritto alla riconsegna di immobile sulla base di un provvedimento giurisdizionale legittimamente ottenuto.*

In tale periodo transitorio (con oneri, si noti, come nella specie, a carico di soggetti privati) può rientrare la proroga, stabilita con la disposizione contestata.

In altri termini, la procedura esecutiva, attivata da parte del singolo soggetto provvisto di titolo esecutivo giurisdizionale, non può essere paralizzata indefinitamente con una serie di pure e semplici proroghe, oltre un ragionevole limite di tollerabilità”.

Ne consegue che, sebbene la sospensione della liberazione degli immobili possa essere astrattamente valutata come costituzionalmente legittima, tale legittimità risulta subordinata, per la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale, al necessario rispetto di parametri di ragionevolezza e di proporzionalità, parametri che nel caso di specie non paiono sussistere in relazione alla plurima reiterazione delle proroghe a danno del proprietario locatore. Ad avviso di questo Giudice, infatti, tale reiterazione di proroghe automatiche della sospensione in questione richiede uno scrutinio progressivamente più severo, per l'ovvia considerazione che il sacrificio imposto al proprietario locatore si aggrava progressivamente con la proroga della sospensione e diventa particolarmente significativo ove questi si trovi in stato di difficoltà economica, come avviene nel caso oggetto del presente procedimento.

Alla luce di tutte le considerazioni sopra esposte è da ritenersi rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame, quantomeno nella parte in cui prevedono una sospensione automatica e generalizzata dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili locati e precludono al giudice ogni margine di prudente apprezzamento del caso concreto, sotto il profilo della valuta-

zione comparativa delle condizioni economiche di conduttore e locatore e della meritevolezza dei contrapposti interessi.

P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, in composizione monocratica, visti gli articoli 134 della Costituzione e 23 della Legge 11 marzo 1953 n. 87,

Ritenuta la rilevanza e non manifesta infondatezza per le ragioni di cui in motivazione,

Solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 103, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito nella Legge 24 aprile 2020, n. 27; dell'art. 13, comma 13, del D.L. 31 dicembre 2020 n. 183, convertito nella L. 26 febbraio 2021 n. 21; dell'art. 40-quater del D.L. n. 41 del 2021, convertito nella L. n. 69 del 2021 in relazione agli articoli 3, 11, 24, 41, 42, 111, 117, Cost., Art. 6 CEDU, Art. 1 Protocollo Addizionale 1 CEDU, Art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella parte in cui prevedono una sospensione automatica e generalizzata dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili locati e precludono al giudice ogni margine di prudente apprezzamento del caso concreto, sotto il profilo della valutazione comparativa delle condizioni economiche di conduttore e locatore e della meritevolezza dei contrapposti interessi;

Sospende il processo in corso;

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale;

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti e al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicata al Presidente della Camera dei Deputati e al Presidente del Senato della Repubblica.

(... Omissis...)

Tribunale di Savona, 24 giugno 2020 - Giudice Unico Tagliasacchi.

RESPONSABILITÀ civile - onere della prova - liquidazione - tabelle milanesi - danno parentale - danno catastofale - danno biologico terminale - presupposti - limiti.

La responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del congiunto che agisce al fine di ottenere il risarcimento iure proprio per la perdita di un familiare cagionata dalla condotta illecita della stessa struttura è di natura extracontrattuale, poiché, in questi casi, tra i parenti della vittima e l'ospedale non si instaura un rapporto contrattuale. Diversamente, laddove il congiunto agisca nei confronti della struttura ospedaliera per ottenere il risarcimento del danno iure hereditatis, la responsabilità di quest'ultima ha natura contrattuale in virtù della relazione contrattuale instaurata con il paziente deceduto. (1)

Colui che agisce nei confronti della struttura sanitaria al fine di ottenere iure proprio il risarcimento per il danno causato dalla perdita del congiunto (c.d. parentale) ha l'onere di provare l'effettività del legame affettivo con il parente deceduto, non potendo configurarsi un danno in re ipsa a fronte della sola sussistenza di una relazione familiare. (2)

Una volta fornita la prova dell'esistenza della relazione tra colui che agisce per ottenere il danno parentale e il familiare deceduto, il Giudice può, in virtù dell'effettività concreta del legame, ridurre o aumentare il risarcimento oltre o al di sotto i valori medi delle tabelle milanesi. (3)

Il danno biologico terminale deve essere scisso dal danno catastofale, in quanto il primo attiene alla dimensione prettamente morale soggettiva del soggetto identificatosi con la cosciente agonia che precede l'evento infausto, il secondo invece attiene alla sfera squisitamente oggettiva della lesione psicofisica, per cui è irrilevante lo stato di coscienza del soggetto danneggiato, essendo determinante unicamente la sussistenza di un apprezzabile lasso di tempo tra la lesione e il decesso. (4)

(... Omissis...)

1. Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c., R., N. ed E.L., figli di E.L., deceduto presso l'Ospedale di Albenga in data 04/05/2012, proponevano domanda di risarcimento del danno a titolo "contrattuale e/o extracontrattuale, in via diretta e/o indiretta" nei confronti della ASL 2 Savonese, ritenendo che il decesso dello stesso fosse imputabile alla struttura sanitaria.

2. Si costituiva la ASL 2 Savonese, chiedendo, in via principale, la reiezione della domanda e, in via subordinata, la riduzione del quantum del risarcimento in misura pari a "quanto strettamente dovuto e provato".

3. Va preliminarmente rilevato che per la vicenda oggetto del presente giudizio ha avuto altresì luogo il procedimento penale n. 2241/2013 R.G.N.R. Trib. Savona, conclusosi con sentenza di non luogo a procedere (confermata in via definitiva dalla Corte di Cassazione), fondata sulle valutazioni peritali dei Dottori T. e M. Era stata inoltre redatta, a seguito di ricorso ex art. 696 bis c.p.c., CTU medica dai Dottori L. e R., con successiva acquisizione del fascicolo n. 2585/2017 R.G. Trib. Savona all'odierno procedimento ex art. 702 bis c.p.c., nell'ambito del quale il giudice, precedente assegnatario del fascicolo, ammetteva la prova testimoniale.

Poiché sussisteva una significativa divergenza tra le valutazioni T.-M. e R.-L. (atteso che i primi avevano espresso dubbi in merito all'esistenza del nesso di causalità tra la condotta dei sanitari e il decesso del paziente), il Giudice disponeva la rinnovazione della CTU, nominando in data 27 settembre 2019 i dottori M.C. e F.B.

4. La domanda dei ricorrenti è fondata e va accolta nei limiti di seguito esposti.

5. Dalla documentazione prodotta agli atti risulta che: in data 28/04/2012 E.L. fu ricoverato presso l'ospedale di Albenga con diagnosi di "epigastralgia colelitiasi"; il 28/04/2012, a seguito di un peggioramento delle condizioni cliniche, venne sottoposto d'urgenza ad intervento chirurgico, tramite tecnica laparotomica, di colecistectomia, con esplorazione della via biliare mediante coledocoscopia e confezionamento di una anastomosi coledoco duodenale; subito dopo l'operazione e fino al 02/05/2012 il paziente restò ricoverato nel reparto di terapia intensiva e solo il 03/05/2012 venne trasferito al reparto di chirurgia; tuttavia, le condizioni di E.L. si aggravarono ulteriormente e la mattina del 04/05/2012 morì.

6. La nuova CTU dei Dottori C. e B. - che si condivide in toto poiché completa e logicamente motivata, anche relativamente alle linee guide di riferimento e alle incongruenze riscontrate tre le precedenti consulenze - ha comprovato la sussistenza di un preciso nesso di derivazione causale tra il fatto riferibile alla struttura sanitaria presso la quale E.L. fu ricoverato e l'insorgenza della patologia che condusse il paziente al decesso.

Secondo le valutazioni compiute dai consulenti tecnici "la causa immediata del decesso del sig. L. va riconosciuta in una emorragia infrenabile ... tale emorragia ebbe a determinare una piastrinopenia da consumo e insorse in un paziente con una

storia di tossicità sistemica da alcol che, pur in assenza di alterazioni labirintiche ed anatomopatologiche ad esse connesse, ridusse la riserva fisiologica del paziente e rese la risposta all'emorragia meno efficace".

L'emorragia rivelatasi fatale è da imputarsi, in via diretta, ad una non corretta legatura dell'arteria cistica effettuata durante l'intervento chirurgico di colecistectomia: "sebbene l'intervento sia stato descritto conformemente alle *leges artis*, il rilievo di lacci non a tenuta sull'arteria cistica costituiscono un elemento probatorio decisivo nel sostenere non solo che la fonte dell'emorragia sia originata dall'arteria cistica, ma anche che la legatura di tale vaso non fu eseguita correttamente" (p. 44).

Al riguardo i CTU hanno peraltro precisato che non ricorrono elementi di fatto in grado di suffragare la tesi, sostenuta dalla difesa della ASL, secondo cui la mancata tenuta dovrebbe imputarsi non ad una non corretta esecuzione, bensì ad alterazioni infiammatorie o a particolare malacia delle strutture anatomiche del paziente.

Anche l'esame autoptico, effettuato subito dopo il decesso (il 7/05/2012) dal Prof. V., ha infatti accertato che "nella doccia dove normalmente è collocata la colecisti sono presenti multipli punti di sutura nella zona del coledoco e dell'arteria cistica, alcuni dei quali, in corrispondenza dell'arteria cistica, non risultano a piena tenuta ... La causa dell'emorragia è stata individuata nel cedimento parziale dei punti di sutura a livello dell'arteria cistica".

Alla condotta commissiva errata tenuta durante l'intervento chirurgico si sono aggiunte, inoltre, successive condotte omissive colpose nella fase post-operatoria.

In primo luogo, in sede di monitoraggio, i medici della struttura sanitaria non hanno indagato con la necessaria diligenza la causa della anemizzazione: "La importante alterazione dell'emocromo, con la perdita di ben 4 g di emoglobina inusuale in questo genere di intervento avrebbe imposto un accertamento per dimostrare l'eventuale presenza di sangue all'interno dell'addome; fu eseguita una ecografia il 29/04 al letto del paziente che fu riferita normale (manca peraltro il referto), ma l'entità della perdita ematica avrebbe richiesto un accertamento più affidabile e cioè una TAC addominale" (p. 44 CTU) ... "con elevatissimo grado di probabilità, che una TAC addominale avrebbe identificato tempestivamente la presenza di sangue all'interno dell'addome" (p. 47 CTU).

In secondo luogo, l'assistenza prestata nella notte del 03/04 non è stata commisurata alle esigenze cliniche, limitandosi alla mera somministrazione di analgesici senza alcun successivo controllo (tra le ore 00:30 e le ore 7:45 la cartella clinica non riporta alcuna osservazione): "Tale comportamento non appare giustificabile soprattutto perché interveniva in un decorso post operatorio non regolare, caratterizzato da una perdita ematica importante, con una persistente (anche se in via di correzione) piastrinopenia e per di più in un paziente affetto da patologia dentale (è noto che la valutazione clinica dei pazienti affetti da disturbi mentali sia più difficile e richieda quindi una particolare attenzione)" (p. 48 CTU) ... "In queste condizioni al paziente furono somministrati farmaci analgesici e morfina, che ebbero l'effetto di mascherare il quadro clinico e condurre ad una ridotta risposta emodinamica (morfina) oltre che ad un probabile effetto indesiderato sulla coagulazione ematica (FANS). Si sarebbe invece dovuto provvedere ad una valutazione clinica diretta del paziente ed alla pronta esecuzione di una TAC addominale che avrebbe certamente evidenziato l'emorragia e condotto il paziente, nell'arco di circa 2 - 3 ore al tavolo operatorio" (pp. 52-53 CTU).

Si conclude quindi che: "un tempestivo intervento chirurgico avrebbe portato, con elevato grado di probabilità, ad evitare il

decesso; la mortalità attesa in caso di reintervento chirurgico era infatti stimabile, sulla base dei dati di letteratura, nel 16%".

Sussistono dunque nell'operato del personale sanitario, significativi profili di colpa, tanto commissiva quanto omissiva, e risulta l'efficienza causale degli stessi, sebbene il rapporto di causalità non possa essere ravvisato in termini di certezza, bensì soltanto di probabilità, potendosi affermare, appunto con "elevato grado di probabilità", che le predette condotte colpose abbiano determinato l'evento.

7. La struttura sanitaria - in conformità con i principi, ormai consolidati nella giurisprudenza di legittimità, che governano la ripartizione dell'onere della prova in questa materia (Cass. ord. sez. 3 n. 26700 del 23/10/2018; sez. 3 sent. n. 18392 del 26/07/2017) - non ha dimostrato la riconducibilità dell'inadempimento, o dell'impossibilità dell'adempimento, ad una causa ad essa non imputabile.

Deve dunque ritenersi accertata la responsabilità della struttura sanitaria, odierna resistente, per l'inadempimento ad essa concretamente ascritto e consistente, ai sensi degli artt. 1228 e 2049 c.c., nelle plurime condotte colpose dei sanitari dipendenti della stessa.

8. Ciò posto, occorre procedere alla corretta qualificazione giuridica della domanda azionata in giudizio.

I ricorrenti hanno proposto la domanda a titolo "contrattuale e/o extracontrattuale, in via diretta e/o indiretta" e hanno chiesto il risarcimento dei seguenti danni:

A) danno *iure proprio* di carattere non patrimoniale per la perdita del rapporto parentale;

B) danno *iure proprio* di carattere patrimoniale nella componente delle spese funerarie (danno emergente) e dei "probabili contributi economici" (lucro cessante);

C) danno patrimoniale per El. L. riconducibile a una diminuzione del reddito personale, asseritamente derivante dalla morte del padre;

D) danno biologico terminale e danno catastrofale patiti da E.L. e risarcibili *iure hereditatis*.

Al riguardo, occorre rilevare che non può essere affermata la responsabilità a titolo contrattuale dell'Asl 2 Savonese rispetto alla domanda di risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale (questo è infatti il *petitum*). A tale proposito deve, infatti, evidenziarsi come la domanda relativa al risarcimento dei danni chiesti *iure proprio* dai ricorrenti non possa essere qualificata come responsabilità contrattuale, per la semplice ragione che il rapporto contrattuale (o da contatto sociale) non si è mai costituito nei confronti degli odierni ricorrenti, bensì esclusivamente nei confronti del paziente E.L. È, per contro, ravvisabile la responsabilità extracontrattuale della struttura sanitaria per il fatto colposo del proprio personale, sussistendo tutti gli elementi dell'illecito aquiliano e, in particolare, nesso di causalità e colpa.

La domanda relativa al risarcimento del danno fatto valere *iure hereditatis*, ossia relativa al danno biologico terminale e al danno catastrofale, può, invece, essere qualificata come domanda a titolo contrattuale, in quanto si tratta del risarcimento di un danno patito dal *de cuius* E.L. e trasferito agli eredi.

9. Tanto precisato sotto il profilo della qualificazione giuridica della domanda, occorre prendere in considerazione le singole ipotesi di danno di cui viene chiesto il risarcimento.

Con riferimento al danno sub lettera A, ossia il danno non patrimoniale per la perdita del rapporto parentale, la più recente giurisprudenza di legittimità ha ribadito che, pur potendosi ricorrere alla prova per presunzioni, il danno deve essere puntualmente allegato e dimostrato. In proposito, cfr.

Cassazione civile sez. III, 11/11/2019, (ud. 03/07/2019, dep. 11/11/2019), n.28989, secondo cui: “Ciò posto, in caso di risarcimento del danno da perdita, o da lesione, del rapporto parentale, ferma la possibilità per la parte interessata di fornire la prova di tale danno con ricorso alla prova presuntiva, e in riferimento a quanto ragionevolmente riferibile alla realtà dei rapporti di convivenza e alla gravità delle ricadute della condotta (cfr. Sez. 3, Ordinanza n. 11212 del 24/04/2019, Rv. 653591 - 01), spetterà al giudice il compito di procedere alla verifica, sulla base delle evidenze probatorie complessivamente acquisite, dell'eventuale sussistenza di uno solo, o di entrambi, i profili di danno non patrimoniale in precedenza descritti (ossia, della sofferenza eventualmente patita, sul piano morale soggettivo, nel momento in cui la perdita del congiunto è percepita nel proprio vissuto interiore, e quella, viceversa, che eventualmente si sia riflessa, in termini dinamico-relazionali, sui percorsi della vita quotidiana attiva del soggetto che l'ha subita). È in tale quadro che emergerà, con intuitiva evidenza, il significato e il valore dimostrativo dei meccanismi presuntivi che, al fine di apprezzare la gravità o l'entità effettiva del danno, richiamano il dato della maggiore o minore prossimità formale del legame parentale (coniuge, convivente, figlio, genitore, sorella, fratello, nipote, ascendente, zio, cugino) secondo una progressione che, se da un lato, trova un limite ragionevole (sul piano presuntivo e salva la prova contraria) nell'ambito delle tradizionali figure parentali nominate, dall'altro non può che rimanere aperta alla libera dimostrazione della qualità di rapporti e legami parentali che, benchè di più lontana configurazione formale (o financo di assente configurazione formale: si pensi, a mero titolo di esempio, all'eventuale intenso rapporto affettivo che abbia a consolidarsi nel tempo con i figli del coniuge o del convivente), si qualificano (ove rigorosamente dimostrati) per la loro consistente e apprezzabile dimensione affettiva e/o esistenziale.

Così come ragionevole apparirà la considerazione, in via presuntiva, della gravità del danno in rapporto alla sopravvivenza di altri congiunti o, al contrario, al venir meno dell'intero nucleo familiare del danneggiato; ovvero, ancora, dell'effettiva convivenza o meno del congiunto colpito con il danneggiato (cfr., in tema di rapporto tra nono e nipote, Sez. 3, Sentenza n. 21230 del 20/10/2016, Rv. 642944 - 01. V. ancora Sez. 3, Sentenza n. 12146 del 14/06/2016, Rv. 640287 - 01), o, infine, di ogni altra evenienza o circostanza della vita (come, ad es., l'età delle parti del rapporto parentale) che il prudente apprezzamento del giudice di merito sarà in grado di cogliere.

Rimangono, in ogni caso, fermi i principi che presidono all'identificazione delle condizioni di apprezzabilità minima del danno, nel senso di una rigorosa dimostrazione (come detto, anche in via presuntiva) della gravità e della serietà del pregiudizio e della sofferenza patita dal danneggiato, tanto sul piano morale-soggettivo, quanto su quello dinamico-relazionale, sì che, ad esempio, nel caso di morte di un prossimo congiunto, un danno non patrimoniale diverso e ulteriore rispetto alla sofferenza morale (rigorosamente comprovata) non può ritenersi sussistente per il solo fatto che il superstita lamenti la perdita delle abitudini quotidiane, ma esige la dimostrazione di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, che è onere dell'attore allegare e provare; tale onere di allegazione, peraltro, va adempiuto in modo circostanziato, non potendo risolversi in mere enunciazioni generiche, astratte od ipotetiche (Sez. 3, Sentenza n. 21060 del 19/10/2016, Rv. 642934 - 02; Sez. 3, Sentenza n. 16992 del 20/08/2015, Rv. 636308 - 01).

Rimane, infine, altresì ferma la netta distinzione tra il descritto danno da perdita, o lesione, del rapporto parentale e l'eventuale danno biologico che detta perdita o lesione abbiano ulteriormente cagionato al danneggiato, atteso che la morte di un prossimo con-

giunto può causare nei familiari superstiti, oltre al danno parentale, consistente nella perdita del rapporto e nella correlata sofferenza soggettiva, anche un danno biologico vero e proprio, in presenza di una effettiva compromissione dello stato di salute fisica o psichica di chi lo invoca, l'uno e l'altro dovendo essere oggetto di separata considerazione come elementi del danno non patrimoniale, ma nondimeno suscettibili - in virtù del principio della onnicomprensività della liquidazione - di liquidazione unitaria (Sez. 3, Sentenza n. 21084 del 19/10/2015, Rv. 637744 - 01)”.

Dall'istruttoria è emerso che tutti i figli frequentavano e mantenevano contatti con il padre.

Con la figlia El., E.L. intratteneva quotidiani contatti: i testi F.M., V.A. e V.A. (colleghi della figlia presso una radio locale) hanno riferito che il padre si recava quasi tutti i giorni presso la sede della radio, dove era solito svolgere anche qualche “lavoretto”, tanto che era considerato “uno di famiglia”. La figlia, inoltre, nominata anche sua amministratrice di sostegno, si occupava del padre e dei di lui bisogni quotidiani, quali, in particolare, la spesa o l'accompagnamento alle visite mediche (v. dichiarazioni testi B.G., N.L., G.A.).

Per quanto riguarda gli altri due figli, R. e N., il padre, oltre a sentire telefonicamente il figlio R. tutte le settimane, si recava a Tenerife circa due volte l'anno (v. teste M.M.A.) e vedeva abitualmente il figlio N. (v. testi M., V.).

È possibile pertanto presumere che la perdita del padre - non anziano (62 anni) - abbia prodotto una profonda sofferenza nei ricorrenti.

Nessun concreto elemento di prova, tuttavia, è stato offerto dai ricorrenti con riferimento ad uno sconvolgimento dell'esistenza mediante fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita.

Il teste M.M. ha riferito che El. “dopo la morte del padre ha avuto quasi un black-out: è quasi scomparsa, non faceva più le sue attività ricreative quali tango, ballo, volontariato ed anche nelle nostre cene della radio ed anche sul lavoro ha avuto un calo”. Tali affermazioni, pur indicative di una particolarmente intensa sofferenza morale soggettiva (rilevante in sede di quantificazione del danno), contengono enunciazioni generiche in merito a presunti cambiamenti nello stile di vita, che non risultano provati neppure dalle dichiarazioni rese dagli altri testimoni. Non risulta alcuna allegazione, infatti, con riferimento allo svolgimento di attività di ballo da parte della ricorrente prima della morte del padre. Il teste P.A.R., inoltre, non ha saputo fornire indicazioni precise sui motivi che hanno portato El. ad abbandonare l'attività di volontariato né il periodo temporale di riferimento. Il teste A.F., infine, ha precisato che la sig. El. “non mi comunicò la motivazione per la quale aveva smesso di frequentarci” e ha collocato la cessazione in epoca antecedente alla morte del padre.

Il teste V., medico di famiglia di N., ha detto di averlo visitato solo una volta nel 2013 per una distorsione e di non sapere nulla di un suo ipotetico stato di depressione, così come il datore di lavoro D. ha affermato che N. era una persona litigiosa con i colleghi e ipocondriaca “sia prima sia dopo la morte del padre”.

Dei concreti elementi appena indicati deve tenere conto in sede di liquidazione del danno.

Nell'ambito del risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale si devono prendere come parametro di riferimento iniziale le tabelle milanesi, in relazione al grado di parentela nonché all'età della vittima e dei suoi congiunti.

All'epoca dell'evento, la vittima aveva 62 anni compiuti, la figlia El. 38 compiuti, il figlio R. 37 compiuti, il figlio N. 35 compiuti.

Come è noto, la giurisprudenza di legittimità è giunta ad affermare che nella liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, le Tabelle del Tribunale di Milano rappresentano un “parametro di conformità della valutazione equitativa alla disposizione di legge” e devono, dunque, trovare applicazione (cfr. *ex plurimis* Cassazione civile, sez. III, 21/11/2017, n. 27562).

Orbene, le suddette tabelle, attualmente vigenti, prevedono per l'ipotesi di morte di un genitore il valore monetario medio di 165.960,00 euro.

Occorre, tuttavia, ulteriormente considerare la possibilità di discostarsi dalle predette tabelle, quando vi siano motivate ragioni: “*In tema di danno non patrimoniale, qualora il giudice, nel soddisfare esigenze di uniformità di trattamento su base nazionale, proceda alla liquidazione equitativa in applicazione delle “tabelle” predisposte dal Tribunale di Milano, nell’effettuare la necessaria personalizzazione di esso, in base alle circostanze del caso concreto, può superare i limiti minimi e massimi degli ordinari parametri previsti dalle dette tabelle solo quando la specifica situazione presa in considerazione si caratterizzi per la presenza di circostanze di cui il parametro tabellare non possa aver già tenuto conto, in quanto elaborato in astratto in base all’oscillazione ipotizzabile in ragione delle diverse situazioni ordinariamente configurabili secondo l’“id quod plerumque accidit”, dando adeguatamente conto in motivazione di tali circostanze e di come esse siano state considerate*” (Cassazione civile sez. III, 23/02/2016, n. 3505).

Per quanto emerge dai criteri orientativi che illustrano le tabelle, tale forbice consente di tener conto di tutte le circostanze del caso concreto, ivi compresa la “*sopravvivenza o meno di altri congiunti del nucleo familiare primario, convivenza o meno di questi ultimi, qualità ed intensità delle relazioni affettive familiari residua, qualità ed intensità della relazione affettiva che caratterizzava il rapporto parentale con la persona perduta*”, non esistendo un minimo garantito da liquidarsi in ogni caso, tanto più che i valori indicati in tabella sono quelli medi.

Ne consegue che, in mancanza di specifica allegazione e prova di fatti espressivi di una sofferenza soggettiva del tutto particolare, che non si esaurisca nel solo dolore che la morte in sé di una persona cara generalmente provoca nei prossimi congiunti che le sopravvivono, nonché dell’assenza della prova di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, la liquidazione può avvenire anche discostandosi dal valore minimo delle tabelle milanesi che si sostanziano in regole integratrici del concetto di equità, atte quindi a circoscrivere la discrezionalità dell’organo giudicante, sicché costituiscono un criterio guida e non una normativa di diritto (Cass. ord. n. 1553/2019). Per questi motivi, preso atto dell’età adulta dei figli (pur a fronte dell’età non particolarmente avanzata della vittima), della sopravvivenza di altri congiunti, nonché dell’autonomia abitativa (non essendo conviventi con il padre), lavorativa ed economica degli stessi, alla luce delle risultanze processuali sopra esposte appare giustificato e, anzi, necessario liquidare il danno in misura ridotta rispetto ai valori medi indicati dalle tabelle di Milano per la posizione di R. e di N., viepiù considerando che R. abitava molto distante dal padre, a Tenerife, e che quanto allegato da N. a dimostrazione del suo turbamento, con riferimento allo stato di depressione e alle conseguenze sul piano lavorativo, si è rivelato del tutto infondato. Più specificamente, per i figli R. e N., non è stato allegato e tanto meno dimostrato non solo lo sconvolgimento delle abitudini di vita, ma alcuna esigenza di personalizzazione in punto sofferenza particolarmente intensa a seguito della perdita del padre.

Si ritiene pertanto congruo procedere alla liquidazione del danno nell’importo pari ad euro 100.000,00 per ciascuno.

L’intenso legame affettivo, caratterizzato da assidue frequentazioni quotidiane, tra il padre e la figlia El., la quale, come è emerso nell’istruttoria, era solita occuparsi di tutti i bisogni e le esigenze del padre, unitamente allo stato di sofferenza, accertato in giudizio, a seguito della morte del genitore, consentono, invece, di quantificare il risarcimento alla figlia El. in misura più elevata e conforme al valore medio indicato in tabella, pari a 165.960,00 euro.

10. Gli attori hanno chiesto poi il risarcimento *iure hereditatis* del danno, sub lettera D), biologico terminale e catastrofico. A proposito del danno biologico terminale, la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che “*Il diritto al risarcimento del cd. danno biologico terminale è configurabile, e conseguentemente trasmissibile “iure hereditatis”, ove intercorra un apprezzabile lasso di tempo (nella specie, dieci giorni) tra le lesioni colpose e la morte causata dalle stesse, essendo irrilevante, al riguardo, la circostanza che, durante tale periodo di permanenza in vita, la vittima abbia mantenuto uno stato di lucidità, il quale costituisce, invece, il presupposto del diverso danno morale terminale*” (Cassazione civile sez. III, 19/10/2016, n. 21060).

La Corte ha, altresì, affermato come il danno biologico terminale dia luogo “*ad una pretesa risarcitoria da commisurare soltanto all’inabilità temporanea, adeguando tuttavia la liquidazione alle circostanze del caso concreto, ossia al fatto che, se pur temporaneo, tale danno è massimo nella sua intensità ed entità tanto che la lesione alla salute non è suscettibile di recupero ed esita, anzi, nella morte*” (Cass. 15491/14).

Nel caso di specie, tra l’insorgenza del processo emorragico (28/4/2012) e il decesso (4/5/2012) è trascorso un lasso di tempo di 6 giorni che certamente può ritenersi apprezzabile. Nel corso di tale periodo il fisico di E.L. è andato sempre più deteriorandosi a causa dell’insorgenza e della progressione dell’emorragia.

Ciò considerato, la domanda di risarcimento del danno biologico terminale va dunque accolta.

Si ritiene equo liquidare a titolo di danno non patrimoniale patito dal *de cuius*, per il periodo intercorso tra l’insorgenza dell’emorragia e il decesso, la somma complessiva di 15.000,00 euro, secondo i valori medi previsti dalle Tabelle milanesi 2018 e tenuto conto di tutte le circostanze specifiche (ivi inclusa la sedazione con morfina). Tale somma spetta *iure hereditatis* ai ricorrenti, in eguale misura tra loro in conformità con quanto previsto dall’art. 566 c.c.

11. Va certamente esclusa invece la configurabilità del danno c.d. catastrofico.

Nessuna prova è stata offerta infatti dai ricorrenti in ordine alla concreta, lucida percezione della fine da parte del padre. Al contrario, dalla cartella clinica e dalle stesse affermazioni fatte dalla figlia El. si ricava che le condizioni di E.L. dopo l’intervento chirurgico - nonostante la prosecuzione latente dell’emorragia e l’altalenante sensazione di dolore - sembravano migliorare progressivamente, senza che potesse insorgere nello stesso il forte timore della morte imminente e lo strazio per l’abbandono dei congiunti.

12. In punto danno patrimoniale sub lettera C) non sono stati allegati - né tanto meno provati - specifici pregiudizi economici conseguenti al sinistro, essendosi i ricorrenti limitati a lamentare genericamente “*la perdita di probabili contributi economici e la possibilità di fruire di tutti quei servizi - di natura non patrimoniale, ma aventi valore economico - che un padre è solito prestare ai figli*”. Devono invece essere risarcite le spese funerarie documentate, nella misura in cui esse possono essere considerate necessarie

e cioè complessivamente pari ad euro 2.300,00 (specificamente per le onoranze funebri e l'inumazione - doc. 32), sostenute dai ricorrenti, in quanto conseguenze immediate e dirette dell'illecito.

La spesa, pari ad euro 1.830,00 (doc. 2 ricorso), per la consulenza tecnica *ante causam* finalizzata alla valutazione del danno rientrerebbe astrattamente nel danno patrimoniale risarcibile: si tratta invero di spesa sostenuta in conseguenza del sinistro, necessaria ai fini della valutazione della responsabilità e della conseguenza richiesta risarcitoria. Tuttavia, nel caso di specie, tale spesa non può essere riconosciuta in favore dei ricorrenti, essendo stata anticipata dal difensore e sarà oggetto di specifica valutazione in sede di regolamentazione delle spese di lite e rimborso di quanto anticipato dal difensore antistatario.

Il credito relativo a tale voce di danno (per complessivi euro 2300,00) deve essere anch'esso attribuito ai ricorrenti nella misura di un terzo ciascuno.

13. Ancora con riferimento all'esame della richiesta di risarcimento del danno patrimoniale sub lettera D), non risulta dimostrato il nesso di causalità tra la morte del padre e la diminuzione del reddito della figlia El.

La prospettazione fornita dalla ricorrente - secondo la quale "per assistere il padre in ospedale fu costretta a trascurare il lavoro di libera professionista, risentendo di notevoli perdere economiche e disagi organizzativi" e "a seguito del lutto, poi non fu più in condizioni di dedicarsi al lavoro con la stessa costanza, attenzione e precisione, con la conseguenza di vedere diminuire i propri guadagni" - risulta smentita dalla documentazione prodotta in giudizio (doc. 35). La contrazione del reddito infatti è riscontrabile soltanto a partire dall'anno 2013 (si vedano, in particolare, pp. 125 e ss.: dichiarazione dei redditi 2013 relativa ad anno d'imposta 2012 pari ad euro 37.545,00, in linea con i redditi degli anni precedenti, e pp. 157 e ss.: dichiarazione dei redditi 2014 relativa ad anno d'imposta 2013 pari ad euro 14.902,00), senza che possa considerarsi, in assenza di altri elementi indicativi in tal senso, conseguenza immediata e diretta del decesso del padre, avvenuto il 4/5/2012.

Priva di alcun fondamento, non soltanto probatorio ma anche giuridico, appare poi la richiesta di risarcimento in relazione ad un presunto "danno economico futuro", indimostrato e, comunque, meramente ipotetico.

14. Conclusivamente sul punto, il danno patito dai ricorrenti risulta pari ad euro 365.960,00 (100.000,00 + 100.000,00 + 165.960,00) per la voce di danno non patrimoniale *iure proprio*; 15.000,00 a titolo di danno non patrimoniale *iure hereditatis*, ed euro 2,300,00 per le voci di danno patrimoniale (danno emergente), per complessivi euro 383.260,00.

Con riguardo poi agli accessori sulle somme risarcitorie riconosciute è dovuta, conformemente ai principi generali sui debiti di valore, la rivalutazione monetaria maturata dalla data del sinistro (04/05/2012) fino all'odierna liquidazione (data sentenza), da calcolarsi applicando gli indici ISTAT del costo della vita. Per il calcolo degli interessi compensativi, occorre applicare il criterio messo a punto nella nota sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 17.2.1995 n. 1712, secondo il quale gli interessi sui debiti di valore vanno calcolati sulla somma corrispondente al valore della somma al momento dell'illecito, anno per anno rivalutata sulla base dei noti indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati. In applicazione di tale criterio, al fine del calcolo degli interessi, la somma capitale come sopra determinata deve essere previamente devalutata in base ai detti

indici ISTAT fino alla data del sinistro e sulla stessa, progressivamente rivalutata anno per anno, devono calcolarsi gli interessi al tasso legale.

Ne deriva pertanto che parte resistente deve essere condannata al pagamento in favore dei ricorrenti della somma complessiva di euro 383.260,00, previa devalutazione, e maggiorata di rivalutazione e interessi sulla somma annualmente rivalutata dalla data del sinistro.

15. Le spese di lite seguono la soccombenza. Alla relativa liquidazione si provvede, in applicazione dei parametri di cui all'art. 4 DM n. 55/14, tenuto conto del valore della causa come determinato dall'art. 5 T.F., delle questioni trattate e dell'attività svolta (secondo valori prossimi ai medi dello scaglione relativo). Le spese di lite sono pertanto liquidate in euro 17.500,00 oltre 15% per spese generali, IVA e CPA come per legge, con distrazione in favore dell'avvocato Gabriele Chiarini, dichiaratosi antistatario. Tra le spese anticipate e documentate dal difensore antistatario sono comprese quelle per i C.T.P. e di mediazione (doc.ti 2, 27 e 30 parte ricorrente), che vanno dunque rimborsate in suo favore, per complessivi 3.708,8 euro. Si tratta di spese rientranti tra quelle che "che la parte vittoriosa ha diritto di vedersi rimborsate, a meno che il giudice non si avvalga, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., comma 1, della facoltà di escluderle dalla ripetizione, ritenendole eccessive o superflue (Cass. 25 novembre 1975, n. 3946; Cass., 16 giugno 1990, n. 6956; Cass. 3 il gennaio 2013, n. 84) e, nel caso di specie" - come nel presente - "le spese in parola non sono certamente tali, trattandosi non già di "spesa non necessaria relativa ad una scelta della parte ed antecedente il procedimento", come affermato nella sentenza impugnata, ma di spesa inerente all'assistenza alle operazioni del consulente del giudice in corso di causa e alla successiva compilazione della relazione del consulente di parte, la cui nomina costituisce facoltà della parte espressamente prevista dall'art. 201 c.p.c." (cfr. Cass. n. 3380/15 e Cass. n. 84/13).

Inoltre, "La condanna del soccombente alle spese di consulenza tecnica di parte sopportate dalla controparte non presuppone la prova dell'avvenuto pagamento, ma presuppone, comunque, la prova della effettività delle stesse, ossia che la parte vittoriosa abbia quantomeno assunto la relativa obbligazione" (cfr. Cass. n. 4357/03).

Vanno poste a carico dell'ASL 2 Savonese, sempre in applicazione del D.M. n. 55.2104, anche le spese di lite sostenute per la fase di A.T.P. cause di scaglione di valore indeterminato, per la fase di studio, di introduzione ed istruttoria, liquidate in 2.500 euro, oltre 15% per spese generali, IVA e CPA come per legge, disponendone la distrazione in favore dell'avv. Gabriele Chiarini.

Inoltre parte resistente va condannata al rimborso in favore dei ricorrenti degli esborsi da loro sostenuti a titolo di spese per la fase di A.T.P. limitatamente alla somma di euro 4.075,54 (docc. 28-29 ricorso) per le spese di C.T.U., disponendone la distrazione in favore dell'avv. Gabriele Chiarini, difensore antistatario; le spese del consulente tecnico di parte nell'ambito dell'A.T.P. restano, invece, a carico dei ricorrenti.

Si deve precisare che entrambi i ricorsi, sia quello per A.T.P. che quello ex art 702-bis c.p.c., sono stati proposti dai ricorrenti con unico difensore, sicché essi non hanno quindi diritto alla liquidazione separata delle spese legali come confermato da Cassazione civile, sez. VI, 30/10/2017, n. 25803 "In caso di difesa di più parti aventi identica posizione processuale e costituite con lo stesso avvocato, a quest'ultimo è dovuto un compenso unico secondo i criteri fissati dagli artt. 4 e 8 d.m. n. 55 del 2014 (salva la possibilità di aumento nelle percentuali indicate dalla

prima delle disposizioni citate), senza che rilevi la circostanza che il detto comune difensore abbia presentato distinti atti difensivi, né che le predette parti abbiano nominato, ognuna, anche altro diverso legale, in quanto la "ratio" della disposizione di cui al menzionato art. 8, comma 1, è quella di fare carico al soccombente solo delle spese nella misura della più concentrata attività difensiva quanto a numero di avvocati, in conformità con il principio della non debenza delle spese superflue, desumibile dall'art. 92, comma 1, c.p.c."

Le spese di CTU del presente giudizio, liquidate in corso di causa, sono poste in via definitiva a carico di parte resistente.

P.Q.M.

Visti gli artt. 702 bis ss. c.p.c.

accerta e dichiara la responsabilità della Asl 2 Savonese per la morte di E.L.;

condanna, per l'effetto, la Asl 2 Savonese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*) al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dai ricorrenti *iure proprio* per la somma di euro 100.000,00, in favore di L.R., 100.000,00 in favore di L.N. e 165.960,00 in favore di L.El., previa devalutazione, e maggiorate di rivalutazione e interessi sulla somma annualmente rivalutata dalla data del sinistro (4/5/2012) fino al saldo; b) al risarcimento del danno non patrimoniale *iure hereditatis* quantificato per la somma complessiva di euro 15.000,00 in favore di L.R., L.N. e L.El., in misura uguale tra loro (euro 5.000,00 per ciascuno) previa devalutazione, e maggiorata di rivalutazione e interessi sulla somma annualmente rivalutata dalla data del sinistro (4/5/2012) fino al saldo;

c) al risarcimento del danno patrimoniale a titolo di danno emergente quantificato per la somma complessiva di euro 2.300,00 in favore di L.R., L.N. e L.El., in misura uguale tra loro previa devalutazione, e maggiorata di rivalutazione e interessi sulla somma annualmente rivalutata dalla data del sinistro (4/5/2012) fino al saldo;

(...*Omissis*...)

(1-4) Le diverse dimensioni di danno non patrimoniale nell'ambito della responsabilità sanitaria.

Sommario: 1. *Il Caso.* - 2. *Le questioni di diritto.* - 3. *La natura della responsabilità della struttura sanitaria.* - 4. *Il danno parentale: l'aspetto probatorio e liquidatorio.* - 5. *Il danno catastofale.* - 6. *Considerazioni finali.*

1. Il caso.

I Sig.ri R., N., ed Ea convenivano, ex art. 702 bis c.p.c., innanzi al Tribunale di Savona l'Ospedale di Albenga, al fine di sentirlo condannare al risarcimento contrattuale e/o extracontrattuale, in quanto ritenevano la struttura sanitaria responsabile del decesso del padre, Sig. E.L.

I ricorrenti, in particolare, domandavano al Giudice di essere risarciti: 1) del danno *iure proprio* di carattere non patrimoniale per la perdita del rapporto parentale; 2) del danno *iure proprio* di carattere patrimoniale nella componente delle spese funerarie e dei probabili contenuti economici; 3) del danno patrimoniale alla figlia Ea, riconducibile ad una diminuzione del reddito personale, asseritamente derivante dalla morte del padre; 4) del danno biologico terminale e danno catastofale patiti da E.L. e risarcibili *iure hereditatis*.

La vicenda muove dal ricovero di E.L., avvenuto in data 28.04.2012, presso l'Ospedale di Albenga in cui veniva diagnosticata una "epigralgia colelitiasi"

Contestualmente le condizioni di E.L. peggioravano al punto da rendere necessario un intervento chirurgico, a seguito del quale lo stesso paziente veniva trasferito nel reparto di terapia intensiva fino al 02.05.2012.

Solo in data 03.05.2012 il Sig. E.L. veniva trasferito nel reparto di chirurgia, tuttavia, in data 04.05.2012, le sue condizioni peggioravano al punto da determinarne il decesso.

Le Consulenze tecniche d'Ufficio disposte dal Giudice ligure evidenziavano diverse responsabilità della struttura sanitaria, sia per quanto riguarda l'intervento chirurgico che in relazione ai trattamenti post operatori. Nello specifico, i Consulenti hanno individuato la causa dell'evento nefasto in un'emorragia dovuta ad un'erronea legatura dell'arteria cistica, a cui si aggiungevano condotte omissive negligenti nella fase post operatoria, come l'aver negato l'assistenza adeguata al quadro clinico nelle notti successive all'intervento e l'aver sottovalutato le cause dell'anemizzazione.

Dunque, il Tribunale di Savona, ravvisata l'attendibilità delle risultanze periziali, riteneva l'Ospedale di Albenga colposamente responsabile del decesso del Sig. E.L. e, così, condannava la stessa struttura ospedaliera al risarcimento del danno nei confronti dei figli ricorrenti.

2. Le questioni di diritto.

La sentenza in nota colpisce per la molteplicità delle questioni che il Giudice savonese si è trovato ad affrontare. Si può parlare, infatti, di una sentenza che affronta la responsabilità medica attraversando alcune delle diverse dimensioni di danno che si possono concretizzare a fronte di questa declinazione della responsabilità civile.

Il Tribunale di Savona, in altri termini, lascia in eredità una pronuncia di una completezza sorprendente che muove dalla natura della responsabilità della struttura sanitaria, percorrendo le diverse sfaccettature dell'onere della prova legato al danno/conseguenza, sino a giungere alla fase prettamente liquidatoria dello stesso danno.

3. La natura della responsabilità della struttura sanitaria.

La prima questione che il Tribunale di Savona ha affrontato con estrema lucidità, facendo buona applicazione dei principi giurisprudenziali è quella legata alla natura della responsabilità in capo alla struttura. Si tratta di una problematica che ha sempre una portata processuale dirompente, in quanto incide a trecentosessanta gradi sull'onere della prova.

Nel caso di specie, la complessità risiedeva nella domanda dei ricorrenti i quali chiedevano la condanna della struttura sanitaria sia *iure proprio* che *iure hereditatis*. Il Giudice ligure, molto lucidamente, ha, dapprima, affermato la natura extracontrattuale della responsabilità della struttura in relazione al danno *iure proprio* lamentato dai figli di E.L., in quanto quest'ultimi non avevano evidentemente instaurato alcun rapporto di natura contrattuale con la struttura sanitaria. Dunque, per quanto riguarda i danni *iure proprio*, i ricorrenti, secondo il Tribunale, sono soggetti all'onere probatorio di cui all'art. 2043 c.c.. Successivamente, per quanto riguarda il danno *iure hereditatis*, il Giudice savonese si è pronunciato per la natura contrattuale della responsabilità dell'Ospedale di Albenga, poiché con il ricovero tra il Sig. E.L. e la stessa struttura sanitaria si era effettivamente instaurata una relazione di natura contrattuale. Di conseguenza, in rapporto alla dimensione *iure hereditatis* del danno, l'onere della prova (*rectius* la dimostrazione dell'adempimento) viene posto a carico della Struttura.

4. Il danno parentale: l'aspetto probatorio e liquidatorio.

Il danno parentale viene definito dalla giurisprudenza come "una lesione natura non patrimoniale che un soggetto subisce, in conseguenza dell'attività illecita posta in essere da un terzo ai danni di altra persona legata alla prima da un rapporto di natura familiare e/o affettiva" (1).

Si tratta di un danno conseguenza di nuova generazione, in quanto la Corte di Cassazione ne ha riconosciuto l'esistenza e garantito una propria autonomia a partire dalla fine degli anni 2000.

Al riguardo, giova evidenziare come il punto nevralgico di tale dimensione di danno sia l'onere probatorio. In particolare, la Corte di Cassazione ha, a più riprese, affermato che il danno/conseguenza derivante dalla morte di una persona con cui sussistono legami di parentela non è provato *in re ipsa* dalla semplice sussistenza di tale relazione familiare. Bensì, è necessario che il danneggiato, il quale domandi in giudizio il risarcimento del danno c.d. parentale, fornisca, anche attraverso valutazioni presuntive, la prova della sussistenza di un concreto legame affettivo con il congiunto deceduto (2). Sul punto, la giurisprudenza di legittimità si è spinta persino ad individuare un elenco dei rapporti da cui è dato supporre l'esistenza di un vincolo affettivo. Si tratta, però, di bene sottolinearlo, di un'elencazione orientativa ma non tassativa, in quanto è stato specificatamente affermato di come la casistica sia aperta.

Altro aspetto di interesse strutturale legato al c.d. danno parentale si concretizza quando il Giudice si trova a dover progredire dal profilo probatorio a quello liquidatorio. A tal proposito, la S.C. se, da una parte, ha affermato che per la liquidazione del danno parentale il punto di riferimento del Giudice sono le Tabelle milanesi; dall'altra, ha, altresì, statuito che lo stesso Giudicante deve valutare tutte le circostanze legate al caso concreto, valutazione che può imporgli di discostarsi sia dai minimi che dai massimi delle suddette Tabelle. Orbene, il Tribunale di Savona, nel caso di specie, si è dimostrato lucidamente sensibile ai principi giurisprudenziali sopra tracciati. Ed invero, sono stati, prima di tutto, indagati, in base alla risultanze in atti, gli effettivi rapporti tra il Sig. E.L. e i propri figli. Dopodiché, una volta ritenuto provato il legame affettivo, il Giudice savonese ha quantificato il risarcimento in base all'indagine fondata sulla concretezza effettiva di ogni singolo rapporto tra E.L. e i figli. In particolare, dagli atti risultava come E.L. avesse un legame particolarmente stretto con la figlia, alla quale in fase di liquidazione sono state applicati i valori medi delle tabelle milanesi. Diversamente, il legame tra E.L. e i figli maschi è stato ritenuto in termini concreti meno stretto e, così, la liquidazione del danno è stata abbassata al di sotto dei valori minimi delle Tabelle lombarde.

5. Il danno catastrofale.

Ulteriore dimensione di danno che il Tribunale di Savona ha affrontato con estrema lucidità è quella relativa alla struttura portante e vitale del danno biologico terminale, ovvero sia quello stato di invalidità e/o di lesione psicofisica, determinate dalla patologia - causata dalla condotta illecita dei sanitari - ad esito inevitabilmente letale, che è sempre risarcibile purché intercorra un lasso di tempo apprezzabile tra le lesioni e la morte (3).

Giova evidenziare che il danno biologico terminale, come quello parentale, sia frutto di un'elaborazione giurisprudenziale di nuova generazione, dato che sotto il profilo risarcitorio si è iniziato a riconoscere tale dimensione del danno/conseguenza a cavallo tra la fine degli anni novanta e l'inizio del nuovo millennio (4).

Ebbene, oggi, un parte della giurisprudenza di legittimità tende ancora a mettere sullo stesso piano il danno biologico terminale con quello catastrofale, ritenendo, di fatto, quest'ultimo un elemento del primo.

In particolare, secondo tale orientamento, il danno biologico terminale nella sua declinazione catastrofale si caratterizza per il fatto che ai fini risarcitori assume rilievo determinante quell'intima percezione umana della fine. Ed invero, ai fini della risarcibilità dell'elemento catastrofale del danno biologico terminale è necessario che vi sia da parte del danneggiato una lucida ed impotente attesa del verificarsi dell'evento infausto. In altri termini, il danneggiato deve subire una cosciente e progressiva percezione della perdita delle funzioni vitali (5). Va da sé come tale indirizzo individui nel lasso di tempo apprezzabile tra la lesione e l'evento infausto l'unità di misura di quella sofferenza che assume rilievo decisivo al fine del risarcimento del danno catastrofale.

Un altro filone interpretativo, invece, ha scisso il danno catastrofale da quello biologico terminale. Ed infatti, se, da una parte, ha individuato il nucleo del danno catastrofale nella sofferenza prettamente morale e soggettiva che coinvolge la sfera intimamente interiore del danneggiato; dall'altra, ha spostato il danno biologico terminale in una dimensione più squisitamente oggettiva che prescinde dallo stato di incoscienza del danneggiato, ma che da rilievo alla lesione in sé e per sé (6).

Ebbene, nel caso di specie, il Tribunale di Savona, dimostrandosi, comunque, attento e sensibile alle linee tracciate dalla giurisprudenza di legittimità, ha aderito a quel filone interpretativo che scinde il danno biologico terminale da quello catastrofale puro. Infatti, il Giudice savonese ha valutato i sei giorni decorsi dalla lesione - emorragia - al decesso quale lasso di tempo apprezzabile, a fronte del quale si concretizza il diritto al risarcimento *iure hereditatis* in favore dei ricorrenti. Il Giudice ha condannato al risarcimento la struttura ospedaliera senza che abbia assunto rilievo, o meno, lo stato di coscienza di E.L., ma ha dato considerazione più che altro alla dimensione squisitamente oggettiva della lesione, spostando la questione risarcitoria nell'ambito del danno biologico terminale.

6. Considerazioni finali.

Il Tribunale di Savona lascia in eredità una sentenza completa in quanto, come anticipato, affronta il percorso relativo al danno da responsabilità sanitaria a trecentosessanta gradi. Così facendo, la sentenza, sebbene ineccepibile dal punto di vista teorico, assume una rilevanza pratica altrettanto apprezzabile. Infatti, consegna diversi spunti in termini di: 1) natura della responsabilità sanitaria a fronte del concretizzarsi di un danno *iure proprio* o *iure hereditatis*; 2) onere della prova legato al danno parentale e biologico terminale; 3) criteri di liquidazione del danno parentale; 4) distinzione ontologica tra danno catastrofale e danno biologico terminale.

Dunque, è evidente di come possa essere utile a tutti gli addetti ai lavori per orientarsi nelle varie progressioni che muovono dalla natura della responsabilità sanitaria, attraversano la qualificazione ontologica del danno e il suo onere probatorio, fino a giungere al profilo squisitamente risarcitorio.

Gian Maria Marletti

Note.

(1) Cass. 13 aprile 2018, n. 9196, Sez. III, in *Foro.it*, p. 2038, con nota di Palmieri;

(2) Cass. 11 novembre 2019, n. 28989, sez. III, in *Responsa-*

bilità Civile e Previdenza, p. 1901; Cass. 24 aprile 2019, n. 11212, Sez. III, in *Foro.it*, p. 3670;
 (3) Cass. 8 aprile 2010, n. 8360, Sez. III, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010 p. 516; Cass. 5 luglio 2019, n. 18056, Sez. III, in *Diritto e Giustizia*, 2019, 8 luglio, con nota di Renato Savoia;
 (4) Cass. 29 maggio 1996, n. 4991, in *Foro.it*, 1996, p. 3107, con nota di Caso;
 (5) Cass. 8 luglio 2014, n.15491, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2015, p. 889, con nota di Giusti;
 (6) Cass. 28 agosto 2007, n. 18163, III Sez., in *Giust. Civ.*, 2008, p. 689.

Tribunale di Savona, 28 novembre 2020 - Giudice Unico Princiotta.

SUCCESSIONE ereditaria - successione necessaria - reintegrazione nella quota di legittima - azione di riduzione - azione di divisione ereditaria - diversità di presupposti e di finalità - autonomia - conseguenze - domanda di divisione e collazione in sede di giudizio di riduzione - accettazione del contraddittorio - necessità.

(Artt. 555 e 713 c.c.; art. 184 c.p.c.)

SUCCESSIONE ereditaria - rinuncia all'eredità da parte del 'de cuius' - rinuncia gratuita - intento di donare - donazione indiretta - reintegrazione asse ereditario - azione di collazione - esclusione.

(Art. 737 c.c.)

L'azione di divisione ereditaria e quella di riduzione sono fra loro autonome e diverse, perché la prima presuppone la qualità di erede e l'esistenza di una comunione ereditaria che si vuole sciogliere, mentre la seconda implica la qualità di legittimario leso nella quota di riserva ed è diretta alla reintegra in essa, indipendentemente dalla divisione; ne consegue che la domanda di divisione e collazione non può ritenersi implicitamente inclusa in quella di riduzione, sicché una volta proposta la domanda di riduzione, quella di divisione e collazione, avanzata nel corso del giudizio di primo grado con le memorie ex art. 183 c.p.c., è da ritenersi nuova e, come tale, inammissibile ove la controparte abbia sul punto rifiutato il contraddittorio.

In tema di successioni mortis causa, l'eventuale rinuncia fatta in vita da parte del de cuius alla propria eredità, seppur realizzata a titolo gratuito e con l'intento donativo nei confronti dei beneficiari, non costituisce donazione indiretta e non è pertanto soggetta all'azione di collazione esercitata dagli eredi in sede di divisione.

Ciò in coerenza con il principio enunciato all'art. 521 c.c., che impone di considerare colui che rifiuta l'eredità come un soggetto che non vi fosse mai stato chiamato; così che il rinunziante, rimanendo del tutto estraneo alla vicenda ereditaria, non è in grado di trasmettere, né in via diretta né in via indiretta, diritti successori.

M.I.F.

(...Omissis...)

Ragioni di fatto ed di diritto della decisione.

I.- Con sentenza parziale n. 501 del 26 maggio 2019 il Tribunale ha accertato che Sgobio Caterina è erede legittima, quale coniuge, del de cuius (Germano Pastorino).

Con ordinanza in pari data la vertenza è stata rimessa la causa sul ruolo per il prosieguo del giudizio.

L'istruzione probatoria si è, quindi, perfezionata con l'esecuzione di una consulenza riguardante la stima dei beni de-

quo affidata all'architetto Auxilia. Successivamente, preso atto della impossibilità di comporre la vertenza, le parti hanno precisato le conclusioni nei termini sopraindicati e la causa è stata posta in decisione all'udienza del 16 settembre u.s.

II.- L'attore ha avanzato domanda di divisione ereditaria con anche richiesta di collazione in relazione alla quale l'attore ha anche avanzato la richiesta di collazione alla massa ereditaria delle liberalità ricevute in vita dal defunto.

Non è stata assunta la qualifica di legittimario leso né richiesta la reintegrazione della quota.

La domanda per cui è causa è diversa da quella di riduzione e, quindi, risulta autonomamente formulabile ed è certamente di per sé ammissibile (conf., ancora recentemente, Cassazione civile sez. II, 04/09/2020, n.18468, edita anche su Italggiure: "L'azione di divisione ereditaria e quella di riduzione sono fra loro autonome e diverse, perché la prima presuppone la qualità di erede e l'esistenza di una comunione ereditaria che si vuole sciogliere, mentre la seconda implica la qualità di legittimario leso nella quota di riserva ed è diretta alla reintegra in essa, indipendentemente dalla divisione; ne consegue che la domanda di divisione e collazione non può ritenersi implicitamente inclusa in quella di riduzione, sicché una volta proposta la domanda di riduzione, quella di divisione e collazione, avanzate nel corso del giudizio di primo grado con le memorie ex art. 183 c.p.c., sono da ritenersi nuove e, come tali, inammissibili ove la controparte abbia sul punto rifiutato il contraddittorio").

III.- Nel merito, l'attore assume di essere creditore della massa ereditaria di € 235.642 importo a suo tempo consegnato al de cuius a titolo di deposito irregolare a seguito della vendita dell'immobile sito in Savona di cui le parti erano comproprietarie.

Sostiene, in particolare, che il padre aveva incassato integralmente il corrispettivo della alienazione intervenuta nel 2004 e che, conformemente agli accordi, aveva trattenuto la somma a titolo di deposito irregolare ex art. 1782 c.c.

Tale tesi difensiva non è fondata ed integra anche una inattendibile ricostruzione dei fatti.

Non a caso è priva di concreti riscontri documentali nonostante l'entità della somma che, significativamente, non era stata neppure versata nel corso del rogito (in cui è indicato all'art. 3 "la presente vendita si è conclusa a corpo e per il concordato prezzo di € 200.000 ... che la parte venditrice riconosce di avere già interamente riscosso dalla parte acquirente alla quale rilascia pertanto ampia e finale quietanza liberatoria con precisazione di non avere altro a pretendere per detta causa e con rinuncia ad iscrizioni di ufficio").

Quand'anche, comunque, il rapporto giuridico eventualmente instauratosi tra le parti non potrebbe essere qualificato un deposito irregolare, ma risulterebbe un contratto di mandato. Ai sensi dell'art. 1713 cc, sussisterebbe l'obbligo di rendere il conto dell'attività compiuta e di rimettere al rappresentato quanto ricevuto (cfr. Cassazione civile Sez. 3, n. 18660 del 06/08/2013 edita su Italggiure: "Il conferimento di una procura ed il concreto esercizio di essa da parte del soggetto che ne è investito costituiscono, in mancanza di deduzioni in ordine alla riconducibilità della stessa a rapporti gestori attinenti alla rappresentanza di enti giuridici o imprese od altre situazioni o rapporti pure in astratto compatibili con il suo rilascio, elementi sufficienti per affermare che la procura è stata conferita in virtù di un rapporto di mandato, con il conseguente obbligo del rappresentante, ai sensi dell'art. 1713 cod. civ., di rendere il conto dell'attività compiuta e di rimettere al rappresentato quanto ricevuto nell'espletamento dell'incarico").

Conseguentemente, tenuto conto dell'epoca di vendita (2004) ed in difetto di adeguati riscontri documentali relativi all'interruzione, risulta fondata l'eccezione di prescrizione decennale dell'obbligo di rendiconto avanzata da entrambe le parti convenute.

Nella fattispecie in esame, anche diversamente opinando, il diritto alla restituzione risulterebbe comunque prescritto anche ipotizzando la conclusione di un deposito un deposto irregolare (cfr. Cassazione civile sez. III, 24/01/1979, n.535, edita nella Banca Dati Giuffrè: "Mentre nel contratto di deposito regolare senza termine, la prescrizione del diritto alla restituzione decorre dal momento in cui il depositante chiede effettivamente la restituzione, o il depositario recede dal contratto, nel deposito irregolare il detto termine decorre dal momento in cui il depositante può chiedere la restituzione. Questo momento, se il termine non è previsto dalle parti, nè stabilito dal giudice, ai sensi del combinato disposto degli art. 1782 e 1817 c.c., coincide con quello in cui la cosa è stata depositata, a norma della regola generale contenuta nell'art. 1183 c.c. cfr. altresì, Cassazione Sez. L, sentenza n. 11540 del 14/10/1999: "Nel deposito irregolare di cui all'art. 1782 cod. civ. (nella specie ritenuto sussistente con riferimento ai premi riscossi dall'agente per conto del preponente) il depositario acquista la proprietà del danaro solo se ha la facoltà di servirsene; in caso contrario la proprietà resta al depositante e l'obbligazione di restituzione del depositario si prescrive nell'ordinario termine decennale").

Il credito, quindi, anche ove esistente risulterebbe prescritto. IV.- In relazione alla effettiva consistenza dell'asse ereditario, risulta provato che -con atto notarile in data 17 dicembre 1998- il de cuius aveva rinunciato all'eredità dell'allora coniuge (Carla Aprile, madre dell'odierno attore).

Ad avviso delle parti convenute, tale rinuncia, avvantaggiando gli altri comproprietari, costituirebbe una donazione indiretta e sarebbe, quindi, soggetta a collazione risultando conseguentemente soggetta a collazione ai sensi dell'art. 737 cc. Tale conclusione, seppure abilmente formulata, non può essere condivisa.

In difetto di precedenti giurisprudenziali in termini -significativamente non indicati dai convenuti- in dottrina è controverso, se la rinuncia gratuita, fatta con l'intento di donare, costituisca un'ipotesi di donazione indiretta.

Condivisibilmente, tuttavia, la dottrina dominante conclude per la tesi negativa considerando come il legislatore, disciplinando la rinuncia all'eredità non ha preso in considerazione la volontà di donare, ma esclusivamente la qualifica di rinunzia data al negozio.

Addirittura, dal punto di vista terminologico, vi è chi ritiene corretto parlare "anziché di rinunzia, di rifiuto impeditivo perché si rinunzia ad un diritto già acquisito, mentre nella fattispecie con la c.d. rinunzia si impedisce un acquisto.

Si rifiuta, in sostanza la delazione cioè l'offerta dell'eredità e non già si rinuncia al diritto di acquistarla.

Il chiamato ha infatti al riguardo solo un potere, di per sé irrinunciabile, in quanto strumentale ed espressione della capacità giuridica".

Escludendo sempre che la rinuncia gratuita costituisca un'ipotesi di donazione indiretta, altri autori evidenziano come tale conclusione sia "in perfetta coerenza con il principio enunciato dall'art. 521 cc secondo il quale chi rinunzia all'eredità è considerato come se non fosse mai stato chiamato: il rinunziante, infatti, essendo oramai estraneo all'eredità, non può certo trasmettere, né in via diretta né in via indiretta, diritti successori".

Non va, quindi, considerato il valore dei beni, oggetto di rinuncia espressa all'eredità del de cuius, a seguito del decesso della prima moglie (Carla Aprile, madre dell'odierno attore). Conseguentemente, l'asse ereditario è costituito esclusivamente dai seguenti beni:

- quota pari a 1000/1000 del diritto di proprietà dell'immobile sito in Via Saredo, Savona 19 int. 4, censito al Catasto dei fabbricati del Comune al foglio 75, mappale 86, subalterno 7, del valore di € 150.000,00 come ritenuto dal geometra Santini nella perizia condivisa dalle parti nel corso del giudizio (cfr. doc.3 in atti);

- quota pari al 100% del diritto di proprietà dei beni e degli arredi ivi ubicati per un valore complessivo di Euro 8.240,00, quale ritenuto sempre dal geometra Santini e non contestato tra le parti;

- € 16.053,72 quale saldo del conto corrente n. 1097780 acceso presso Banca Carige (doc. attoreo n. 6)

Non può, di contra, qualificarsi liberalità soggetta a collazione la donazione delle quote sociali della Prefumo Sport effettuata il 28/11/2005 con atto notarile con cui il de cuius ha donato all'attore (che già possedeva il 66,67% delle quote) il 33,33% delle quote della società Aprile Sport di Pastorino Enrico e C snc.

Con tale atto, l'attore, rimanendo l'unico socio della società ha dichiarato di continuare ad esercitare l'attività in forma individuale avvalendosi dell'azienda in precedenza gestita dalla società subentrandone in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi (cfr. all. 14 di parte attrice).

La ditta individuale, a sua volta, è stata cancellata per cessazione dell'attività in data 12/11/12.

Conseguentemente, in assenza di ulteriori riscontri documentali ed in applicazione dei principi previsti dall'art. 744 c.c. la cosa deve ritenersi perita in senso giuridico per causa non imputabile al donatario; quest'ultimo pertanto non è tenuto a restituire il valore del bene ricevuto (cfr. art. 744 c.c.: non è soggetta a collazione la cosa perita per causa non imputabile al donatario").

Conseguentemente, risultando che:

- applicando l'art. 542 del codice e le disposizioni di ultima volontà le parti in causa sono ciascuna erede per un terzo (il de cuius ha infatti così disposto: "lascio alla cara Anna Contessa nata a Manduria il 08/02/1950 la quota disponibile. Il resto del patrimonio andrà per legge");

- il valore del relictum ammonta a complessivi € 174.293,72 (150.000+8240,00+16.053,72=174.293,72);

- quindi, ciascun condividente avrebbe titolo ad ottenere una somma pari a € 58.097,90 al netto dei debiti gravanti sulla massa (174.293,72:3=58.097,90);

- Anna Contessa imputare alla quota di eredità lei spettante l'importo di € 7000 ricevuto in vita, non essendo la circostanza contestata (cfr. memoria di replica della convenuta: "circa la donazione indiretta dell'automobile alla signora Contessa, ciò non è mai stato contestato dalla convenuta");

- l'attore ha chiesto l'attribuzione dell'intero relictum impegnandosi a pagare il debito nei confronti del condominio sino alla concorrenza di € 642,00 (cfr. all. 17 di parte attrice) con addebito dell'eccedenza nei confronti delle convenute;

- quindi l'attore, all'esito della divisione, va condannato al pagamento di € 51.097,9 nei confronti di Anna Contessa e di € 58.097,90 nei confronti di Sgobbio Caterina.

Va, quindi, disposto lo scioglimento della comunione ereditaria oggetto di causa ed operata la compensazione sopraindicata.

Conseguentemente, dato atto che è disponibile al pagamento del debito nei confronti del condominio sino alla concorrenza di € 642,00 l'intero relictum va attribuito all'attore che va al contempo

condannato al pagamento di € 51.097,9 a favore della signora Contessa e di € 58.097,90 a favore della signora Sgobbio.

V.- Stante la reciproca parziale soccombenza vanno integralmente compensate le spese processuali tra le parti.

Le spese della consulenza, già liquidate non corso del giudizio con separato provvedimento, vanno poste a carico delle parti in pari misura, in quanto necessarie per la valutazione dei beni quale richiesta dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, disattesa ogni diversa e contraria istanza, per le ragioni indicate in motivazione, così provvede: 1.- dichiara che il 14 giugno 2016 si è aperta la successione del signor Germano Pastorino di cui le parti in causa sono ciascuna erede per un terzo;

2.- dichiara che la comunione ereditaria de quo ha ad oggetto i seguenti beni: a) quota pari a 1000/1000 del diritto di proprietà dell'immobile sito in Via Saredo, Savona 19 int. 4, censito al Catasto dei fabbricati del Comune al foglio 75, mappale 86, subalterno 7; bene eventualmente meglio descritto nella consulenza resa dall'architetto Emmanuele Auxilia a cui si fa espresso rinvio e da intendersi qui integralmente ritrascritta con riferimento alla descrizione dell'immobile; b) quota pari al 100% del diritto di proprietà dei beni e degli arredi ubicati nel detto immobile per un valore complessivo di Euro 8.240,00, quali stimati dal geom. Santini; c) Euro 16.053,72 pari alla somma depositata sul c/c n. 1097780 acceso presso Banca Carige (cfr. doc. attoreo n. 6);

3.- dispone lo scioglimento della comunione ereditaria oggetto di causa; (... *Omissis*...)

Tribunale di Savona, 18 giugno 2021, n. 521 - Giudice Unico Princiotta.

SUCCESSIONE ereditaria - testamento - plurimi testamenti precedenti - revocazione espressa - effettiva volontà del testatore - accertamento - necessità - sussistenza.

(Art. 680 c.c.)

La revocazione espressa della disposizione testamentaria, che può legittimamente limitarsi a contenere solo la dichiarazione di revoca, può essere effettuata, sulla scorta dell'art. 680 c.c., non solo con un atto ricevuto da notaio in presenza di due testimoni, ma anche con un testamento successivo, recante la dichiarazione di volontà - unilaterale e non recettizia - di togliere efficacia giuridica alle precedenti disposizioni testamentarie a suo tempo poste in essere dal medesimo revocante.

In particolare, in presenza di plurimi testamenti precedenti, non va considerata come formula di mero stile l'espressione "revoco ogni mia precedente disposizione testamentaria" che sia contenuta nel testamento posteriore, dovendo piuttosto detta formula essere intesa come chiara espressione della volontà del testatore di revocare tutti i testamenti precedentemente posti in essere, nessuno escluso, senza dunque accordare riviviscenza a quello di essi che fosse stato in precedenza revocato da una successiva disposizione testamentaria.

M.I.F.

(... *Omissis*...)

Ragioni di fatto ed di diritto della decisione.

Come già evidenziato nell'ordinanza in data 27 aprile u.s., la

vertenza ha natura documentale e, quindi, non è suscettibile di utili approfondimenti istruttori.

La causa riguarda l'interpretazione dell'ultimo valido testamento reso dalla signora Maria X con particolare riferimento alla idoneità di tale ultimo atto a revocare il precedente testamento pubblico che, invece, è stato indicato dall'attore a sostegno delle sue domande avanzate nei confronti dei convenuti.

Rileva al riguardo che la signora Maria X ha disposto, in tempi diversi e posteriormente alla improvvisa e tragica perdita dell'unico figlio dopo che era rimasta vedova, tre successive disposizioni di ultima volontà.

La prima disposizione è il testamento pubblico del 17 novembre 2008.

La seconda è il testamento olografo in data 14 ottobre 2013. Tale documento non è contestato tra le parti e prevede anche la revoca espressamente ogni precedente testamento ("... questo testamento annulla ogni altro precedente").

La terza disposizione è data dal testamento olografo in data 15 febbraio 2015 (documento non contestato quanto ad autenticità e contenuto) del seguente, significativo, tenore letterale:

"15 febbraio 2015

Non intendo validi: testamenti che ho scritto. Alla mia morte non desidero lasciare scritti. Anche quello che è a casa di Pier Antonio, in Via X, non è valido perché è incompleto.

Maria X"

Tale disposizione di volontà, legittimamente, si è limitata esclusivamente a contenere la dichiarazione di revoca dei precedenti testamenti tra cui quello -peraltro risalente nel tempo ed oggetto di precedente revoca espressa con altro documento- indicato dall'attore a sostegno delle sue domande (cfr., con riferimento alla revoca espressa di disposizione testamentaria, revoca che può anche limitarsi a contenere solo la dichiarazione di revoca, come sostenuto dalla dottrina, Cassazione civile, sez. II, 09/10/2013, n. 22983: La revocazione espressa del testamento può farsi, ai sensi dell'art. 680 c.c., oltre che con un atto ricevuto da notaio in presenza di due testimoni, con un nuovo testamento, mediante una dichiarazione di volontà unilaterale e non recettizia, diretta a togliere, in tutto o in parte, efficacia giuridica a precedenti disposizioni testamentarie dello stesso revocante; ne consegue che, a tal fine, non può essere considerata come una formula di stile l'espressione "revoco ogni mia precedente disposizione testamentaria" contenuta nel testamento posteriore").

L'attore sostiene che l'ultimo testamento (quello in data 2 febbraio 2015) revocherebbe esclusivamente il penultimo con l'effetto di ridare piena validità al testamento pubblico del 2008 (cfr. ancora in comparsa conclusionale "...Al contrario, valutata la personalità, le abitudini, il percorso decisionale, le espressioni utilizzate, i luoghi ed i referenti istituzionali (Notaio, Giudice Tutelare) delle determinazioni volitive (comprese anche quelle espresse avverso i parenti), appare assolutamente NON credibile e neppure ipotizzabile una volontà della Professoressa Noceto indirizzata ad attribuire il proprio patrimonio secondo le regole della successione legittima.

L'esame, valutazione, interpretazione e qualificazione dello sviluppo della vicenda sopra descritta, dei documenti negoziali e di ogni altro allegato, conforta invece la formulata domanda di parte attrice di vedersi attribuire il patrimonio dismesso alla morte della de cuius secondo le indicazioni di cui al testamento per atto pubblico redatto dal Notaio Rossi di X con atto del 17 novembre 2008 (n. 57 Rep. ultime volontà cfr. doc. 2 parte attrice) in quanto in attuazione e conformità delle ultime volontà della Maria X").

Tale tesi non può trovare accoglimento per una serie di molteplici ragioni.

In primo luogo, infatti, dal tenore dell'ultimo testamento appare evidente la radicale volontà della signora Noceto.

Con una espressione inequivocabile -da valutare positivamente anche ai fini della ricostruzione dell'effettiva volontà- la testatrice ha disposto "non intendo validi i testamenti che ho scritto" come si legge sull'originale dell'atto olografo (laddove il notaio che ha proceduto alla pubblicazione ha indicato "non intendo validi: testamenti che ho scritto" "traducendo" in due punti (":") l'articolo "i").

La testatrice, inoltre, utilizza la parola "anche" ("...anche quello che è casa di Pier Antonio non è valido") esprimendo la volontà di togliere validità al testamento del 2013 e quindi anche a qualsiasi altro ("non intendo validi i testamenti che ho scritto. Alla mia morte non intendo lasciare scritti. Anche quello che è a casa di Pier Antonio non è valido, perché è incompleto").

Significativamente, inoltre, dal raffronto dei due testamenti olografi sopraindicati risulta evidente la volontà della testatrice, che è quella di togliere validità alle precedenti disposizioni di ultima volontà ("alla mia morte non intendo lasciare scritti").

L'attrice, che -come evidenzia l'attore con condivisibili argomentazioni- aveva una peculiare padronanza delle parole usa, infatti, il plurale ("non intendo validi i testamenti che ho scritto").

Seguendo la tesi dell'attore, revocando solo l'ultimo testamento, avrebbe dovuto utilizzare il singolare (mentre usa espressamente il plurale, facendo proprio riferimento a tutti i testamenti in precedenza redatti).

La volontà di escludere i nipoti dalla successione non è stata provata dall'attore laddove i precedenti dissapori sono risalenti nel tempo.

Infine, anche dalla stessa lettura del testamento pubblico indicato dall'attore a sostegno delle sue conclusioni, è dato comprendere che la volontà testamentaria dell'attrice era mutata dovendosi concludere per la revoca del testamento ricevuto dal notaio Rossi nel 2008 che, comunque, di per sé appariva in concreto anche inapplicabile e superato nel 2015. Successivamente al 2008, infatti, un bene di rilevante valore

non faceva più parte dell'asse ereditario: la casa nel Comune di C. che è stata in seguito donata proprio al Comune.

Nel testamento del 2008 il bene (unitamente ad altri) erano stato attribuito ad una fondazione costituita dalla signora Noceto in memoria del figlio Alessandro e della zia Maria Angela X. Tuttavia, tale fondazione, seppure effettivamente costituita, risulta essere mai stata operativa.

Tale bene, invece, con atto notarile in data 17 marzo 2015 (significativamente redatto presso il domicilio della donante che non è intervenuta nell'atto in quanto sottoposta ad amministrazione di sostegno, ma era evidentemente presente) è stato donato al Comune di C. in memoria del figlio prematuramente scomparso (cfr. art. 1: "la signora X Maria, come sopra rappresentata [dall'amministratore di sostegno N.D.R.], in memoria del figlio C., dichiara di donare, come dona, al Comune di C....la proprietà dei seguenti beni...").

Risultano, quindi, evidenti sia l'evoluzione della volontà della testatrice sia l'intento di revocare ogni precedente disposizione testamentaria come effettivamente disposto nel citato testamento in data 15 febbraio 2015.

Le domande avanzate dall'attore vanno, quindi, respinte.

La statuizione sulle spese processuali segue il criterio della soccombenza.

Dette spese vanno liquidate in conformità ai parametri previsti dal D.M. 55/2014 ritendo il valore della causa pari a quello indicato da parte attrice in sede di iscrizione ("superiore ad € 260.000 e comunque inferiore ad € 520.000") ed in relazione ai limitati adempimenti processuali effettivamente compiuti nel corso del giudizio che è risultato di natura documentale.

P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, disattesa ogni diversa e contraria istanza, per le ragioni indicate in motivazione, così provvede:

1. respinge ogni domanda proposta nel presente giudizio dal signor Marco nei confronti dei convenuti signori N.;
2. condanna l'attore al pagamento delle spese processuali che in favore dei convenuti liquida in € 9.500,00 per compensi al difensore, oltre oneri fiscali, previdenziali e tariffari nella misura di legge;

(...*Omissis*...)

Massimario

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 24 aprile 2020 - Giudice Unico Cazzato.

APPALTO (contratto di) - appalto d'opera - inesatto adempimento - vizi nell'esecuzione dell'opera - danni - responsabilità appaltatore - rimedi - ripristino stato dei luoghi - azione cautelare - art. 2058 c.c. - applicabilità.

(Art. 2058 c.c.; art. 700 c.p.c.)

Il committente che con ricorso ex art. 700 c.p.c. richiede, nei confronti dell'appaltatore, il ripristino dello stato dei luoghi come eliminazione delle conseguenze dannose dell'esecuzione del contratto di appalto (e quindi del suo inesatto adempimento), svolge una domanda che deve essere considerata quale applicazione del più generale principio sancito dall'art. 2058 c.c., che consente al danneggiato di richiedere, qualora sia in tutto o in parte possibile, la reintegrazione in forma specifica del danno subito. Tale disposizione, per quanto collocata nel titolo XI del libro IV del Codice Civile, riguardante l'illecito aquiliano, deve infatti ritenersi applicabile anche in ambito di responsabilità contrattuale.

MI.F.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 12 dicembre 2020, n. 2205 - Giudice Unico Parentini.

APPALTO (contratto di) - vizi dell'opera - garanzia - rimedi ex art. 1668 c.c. - risoluzione del contratto - condizioni - gravità dell'inadempimento - opera del tutto inadatta alla sua destinazione - onere della prova in capo al committente - necessità.

(Art. 1668 c.c.)

Ai fini della risoluzione del contratto di appalto per vizi dell'opera è richiesto un inadempimento più grave di quello richiesto per la risoluzione della compravendita per vizi della cosa, atteso che, mentre l'art. 1490 c.c. stabilisce che la risoluzione va pronunciata per i vizi che diminuiscano in modo apprezzabile il valore della cosa, l'art. 1668, secondo comma, c.c. richiede per la risoluzione dell'appalto che i vizi dell'opera siano tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione. Pertanto, la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto di appalto è ammessa nella sola ipotesi in cui l'opera, considerata nella sua unicità e complessità, risulti assolutamente inadatta alla destinazione sua propria, in quanto affetta da vizi che incidono in misura notevole sulla struttura e funzionalità della medesima, sì da impedire che essa fornisca la sua normale utilità; diversamente, se i vizi e le difformità sono facilmente e sicuramente eliminabili, il committente può solo richiedere, a sua scelta, uno dei rimedi conservativi previsti dal primo comma dell'art. 1668 c.c., salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore. Con la precisazione per cui incombe sul committente l'onere probatorio in ordine alla sussistenza dei vizi dedotti a fondamento della domanda di risoluzione del contratto, mentre compete all'appaltatore addurre l'esistenza di eventuali cause che impediscano al committente di far valere il suo diritto.

A.B.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 9 giugno 2021, n. 1348 - Giudice Unico La Mantia.

ASSICURAZIONE (contratto di) - assicurazione contro i danni - oggetto del contratto - delimitazione - contenuto e limiti della garanzia - clausola limitativa della responsabilità - clausola vessatoria ex art. 2041 c.c. - distinzione.

(Art. 2041 c.c.)

Nel contratto di assicurazione contro i danni sono da considerare clausole limitative della responsabilità, agli effetti dell'art. 1341 c.c. (con conseguente necessità di specifica approvazione preventiva per iscritto), quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attengono all'oggetto del contratto - e non sono, perciò, assoggettate al regime previsto dalla suddetta norma - le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e che, pertanto, si limitano a specificare il rischio garantito.

A.B.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 8 luglio 2020, n. 963 - Giudice Unico Dragotto - S. (Avv. Buffa) c. Condominio X (Avv. Gatto).

COMUNIONE e condominio - condominio negli edifici - servitù coattiva di passaggio - limitazioni legali della proprietà nel condominio - rapporti di vicinato - condizioni di applicabilità - concreta struttura dell'edificio - natura dei diritti e facoltà dei condomini - valutazione di compatibilità - necessità.

(Art. 949 c.c.)

In materia condominiale le norme sulle distanze relative ai rapporti di vicinato trovano applicazione tra le proprietà esclusive condominiali o tra parti comuni e proprietà esclusive soltanto quando compatibili con la struttura dell'edificio e con la natura particolare dei diritti dei proprietari. Pertanto, qualora esse siano invocate in un giudizio tra condomini o tra un condomino ed il condominio, il giudice di merito è tenuto ad accertare se la loro rigorosa applicazione non sia nel caso irragionevole, considerando che la coesistenza di più proprietà in un unico edificio implica di per sé la necessità di contemperamento dei vari interessi, al fine dell'ordinato e proficuo svolgersi dei rapporti condominiali.

A.FONT.

I

Tribunale di Genova, sez. IV civ., sent. 8 ottobre 2012 - Pres. Est. Scarzella - G.E. (Avv.ti Beecroft e Dolcini) c. R.G. (Avv.ti Roccella) e A.M.G. (Curatore Speciale Avv. Botto).

FAMIGLIA e minori - filiazione - riconoscimento figlio nato fuori del matrimonio - impugnazione per difetto di veridicità - onere della prova - assoluta impossibilità della paternità biologica - mancato esperimento prova DNA - irreperibilità madre - conseguenze.

(Art. 263 c.c.; art. 116, c. 2, c.p.c.)

Affinché possa trovare accoglimento l'impugnazione, per difetto di veridicità, del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio occorre la prova dell'assoluta impossibilità che il soggetto che ha compiuto il riconoscimento sia, in realtà, il padre biologico del minore riconosciuto come figlio.

La condotta ostruzionistica della madre del minore che non consenta la conclusione della CTU immunogenetica non può costituire oggetto di valutazione nel giudizio ex art. 263 c.c. ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c. non essendo la madre parte del processo.

II

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 3 aprile 2018 - Pres. Atzeni - Rel. Di Maggio - G.E. (Avv.ti Beecroft e Dolcini) c. R.G. (Avv.ti Roccella) e A.M.G. (Curatore Speciale Avv. Botto).

FAMIGLIA e minori - filiazione - riconoscimento figlio nato fuori del matrimonio - impugnazione per difetto di veridicità - prove acquisite in diverso giudizio - principio del libero convincimento - consulenza tecnica immunoematologica - idoneità.

(Art. 263 c.c.; art. 116, c. 2, c.p.c.)

Il giudice civile può porre a fondamento della decisione anche prove acquisite in altro giudizio svoltosi tra le stesse parti o tra soggetti diversi, e ciò sulla base del principio del libero convincimento desumibile dall'art. 116 c.p.c.

In materia di accertamenti relativi alla paternità e alla maternità, la consulenza tecnica immunoematologica ha funzione di mezzo obbiettivo di prova costituendo, anche in considerazione dei progressi della scienza biomedica, lo strumento più idoneo, avente margini di sicurezza elevatissimi, per l'acquisizione della conoscenza del rapporto di filiazione.

III

Corte di Cassazione, sez. I civ., ord. 17 aprile 2019 - Pres. Valitutti - Rel. Parise - G.E. (Avv.ti Beecroft e Dolcini) c. R.G. (Avv.ti Roccella) e A.M.G. (Curatore Speciale Avv. Botto).

FAMIGLIA e minori - filiazione - riconoscimento "in opposizione" e impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità - analogie - litisconsorzio necessario.

(Artt. 263 e 250 c.c.)

Il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dà luogo ad un rapporto nel quale al genitore che per primo abbia operato il riconoscimento compete, ai sensi dell'art. 250 c.c., il potere di esprimere il consenso al successivo riconoscimento da parte dell'altro genitore. Tale potere comporta che il genitore che per primo ha riconosciuto il minore sia litisconsorte necessario nell'eventuale azione promossa dall'altro genitore per ottenere la sentenza sostitutiva del consenso del primo.

Se nel giudizio ex art. 250 c.c. il primo genitore è litisconsorte necessario deve coerentemente ritenersi che il medesimo diritto sussista anche nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 263 c.c., non essendovi motivo di differenziare la tutela e la platea di contraddittori necessari dal lato passivo.

IV

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 25 giugno 2021 - Pres. Pellegrini - Est. Cresta - G.E. (Avv.ti Beecroft e Dolcini)

c. L.C. (Avv. Procopio), R.G. (Avv.ti Roccella) e A.M.G. (Curatore Speciale Avv. Botto).

FAMIGLIA e minori - filiazione - impugnazione di riconoscimento per difetto di veridicità - rinvio cd. "improprio restitutorio" - legge processuale applicabile - prove acquisite in un diverso giudizio - utilizzabilità.

(Artt. 263 e 2729 c.c.)

Il giudizio di rinvio conseguente a Cassazione, pur dotato di autonomia, non dà vita a un nuovo procedimento, ma rappresenta una fase ulteriore di quello originario, da ritenersi unico ed unitario anche a seguito di riassunzione intervenuta per "rinvio improprio restitutorio" e resta soggetto - se non diversamente previsto - alla legge processuale vigente al momento in cui venne introdotto il procedimento di primo grado.

L'assenza di un numerus clausus delle prove, l'estensibilità del concetto di produzione documentale, l'affermazione del diritto alla prova ed il correlativo principio del libero convincimento del Giudice inducono ad escludere, in maniera consolidata ed unanime, che l'elencazione delle prove nel processo civile sia tassativa e a ritenere, quindi, pacificamente ammissibili le cd. prove atipiche, la cui efficacia probatoria è equiparata a quella delle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c.

A.SG.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 15 gennaio 2021 - Pres. Canepa - Rel. Di Lazzaro - M.P. e E.P. in persona della Curatrice (Avv. Malagamba) c. A. (Avv. Buffa), P. (Avv. Ciurlo), L. (Avv. Sardu).

FILIAZIONE - accertamento status filiationis - comparazione verità biologica e verità legale - prevalenza principio favor veritatis su favor minoris.

(Art. 244 u.c. c.c.; art. 262 1° c. c.c.; D. lgs. 154/2013)

Occorre compiere una scelta di prevalenza del principio del favor veritatis su quello del favor minoris, quale espressione del diritto fondamentale all'identità personale che si esplica anche attraverso la ricerca della propria origine biologica, con la conseguenza che l'interesse del minore viene relegato al solo procedimento di nomina del curatore speciale.

(Cfr. C. Cost. n. 4020/2017)

EL.C.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 10 ottobre 2020, n. 974 - Pres. Alparone - Rel. Pelosi.

IMPUGNAZIONI civili - appello - citazione in appello - motivi - specificità dell'appello - condizioni - chiarezza argomentativa - confutazione argomentazioni sentenza impugnata - rilevanza errore del primo Giudice - sufficienza e necessità.

(Artt. 342 e 434 c.p.c.)

Gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo riformulato dal d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione in appello deve contenere, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati dalla sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo Giudice, senza però che occorra l'utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di

un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, tenuto conto della permanente natura di revisio prioris instantiae del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata.

E' dunque pur sempre necessario, affinché l'appello risulti adeguatamente motivato, che alle argomentazioni della sentenza impugnata vengano contrapposte quelle dell'appellante, al fine di inficiare il fondamento logico - giuridico delle prime: l'appellante non può pertanto limitarsi a denunciare una mera erronea interpretazione o applicazione di norme di legge, ma deve argomentare circa la rilevanza dell'errore commesso dal Giudice di primo grado, muovendo una critica adeguata e specifica della decisione impugnata, tale da consentire al Giudice di comprendere quale sia il contenuto delle censure, non potendosi esaurire le rimostranze del ricorrente nella mera reiterazione delle richieste avanzate nel giudizio di prime cure.

MI.F.

Tribunale di Savona, 10 giugno 2020 - Giudice Unico Princiotta - C.T.S.G. (Avv. Devincenzi) c. C.C.A.S. (Avv. Manduca).

LOCAZIONE - clausola risolutiva espressa - ammissibilità - inadempimento del conduttore - conseguenze - risoluzione del contratto - sfratto per morosità.

(Art. 1455 c.c.)

Va accolta la domanda di risoluzione del contratto di locazione in presenza di clausola risolutiva espressa - modificata a seguito del mutamento del rito nell'intimazione di sfratto per morosità - che disciplini il mancato o insufficiente pagamento del canone e la mancata costituzione della cauzione, ricorrendo i presupposti della morosità e della rituale intimazione al conduttore al pagamento dei canoni scaduti e alla costituzione della cauzione.

A.BEE.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 31 maggio 2021, n. 607 - Pres. Veglia - Rel. Dari.

MANDATO (contratto di) - obbligazioni del mandatario - limiti del mandato - pagamento ad un terzo per conto del mandante - inosservanza condizioni stabilite - art. 1180 c.c. - inapplicabilità.

(Artt. 1180 e 1703 ss c.c.)

MANDATO (contratto di) - pagamento per conto del mandante - adempimento del terzo - requisiti ex art. 1180 c.c. - accertamento in capo al mandante - necessità.

(Art. 1180 e. 1703 ss c.c.)

Il mandatario che esegua un pagamento per conto del mandante senza osservare le condizioni stabilite non è assimilabile al terzo che adempie per il debitore ai sensi dell'art. 1180 c.c.; piuttosto, vigendo tra le parti del rapporto di mandato la regola secondo cui il mandatario non può, nell'esecuzione dell'incarico, discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante, l'atto giuridico compiuto dal mandatario medesimo oltre i limiti del mandato resta a carico dello stesso a norma dell'art. 1711, comma 1, c.c..

L'adempimento dell'obbligo del terzo, così come di qualsiasi altra obbligazione fungibile, può avvenire sia personalmente che per tramite di un terzo, che può assumere la veste di un mero rappresentante (art. 1387 c.c.) o di un mandatario (art. 1703 c.c.), talché per mezzo delle due figure menzionate è possibile adempiere sia l'obbligazione propria, sia l'obbligazione altrui. Senonché, i requisiti consacrati

dall'art. 1180 c.c. a elementi costitutivi della fattispecie - esistenza del debito altrui, volontà di estinguerlo, spontaneità del pagamento - devono essere considerati ed accertati rispetto alla persona del mandante, non a quella del mandatario (Nel caso di specie, la Corte di Appello di Genova ha ritenuto indebito il pagamento effettuato da parte di un amministratore di condominio - mandatario con rappresentanza - dal conto corrente di un Condominio amministrato per estinguere il debito di altro Condominio amministrato, ritenendo che detto pagamento non potesse trovare ragione giustificativa nella disciplina di cui all'art. 1180 c.c., atteso che in capo al primo Condominio - mandante dell'adempimento in favore del secondo -, poiché ignaro del suddetto pagamento, non sussistessero gli elementi costitutivi della fattispecie dell'adempimento spontaneo del terzo).

MI.F.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 27 novembre 2020 - Pres. Silvestri - Est. Traverso - M. (Avv. Buffa) c. B. (Avv. Milani).

MUTUO - risoluzione contratto - domanda riconvenzionale indennità di occupazione abusiva immobile - prova risarcimento del danno - sufficiente utilità teorica.

(Art. 2043 c.c. e art. 633 c.p.)

Con riferimento al risarcimento del danno per occupazione abusiva, il medesimo ben potrà consistere anche nella utilità teorica che il danneggiato poteva ritrarre dall'uso diretto del bene, durante il tempo per il quale è stato occupato da altri.

(Cfr. Cass. n. 18494/2015)

EL.C.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., ord. 21 gennaio 2020 - Giudice Unico Parentini - A. c. X.

PROCEDIMENTO civile - competenza e connessione - connessione oggettiva e soggettiva - foro convenzionale esclusivo - deroghe - connessione oggettiva - competenza per valore nella connessione soggettiva.

(Artt. 33, 104 e 10, c. 2, c.p.c.)

La proposizione dinanzi allo stesso giudice di una pluralità di domande non altrimenti connesse se non per essere rivolte contro la medesima parte (connessione meramente soggettiva) è consentita per ragioni di economia processuale e non già per realizzare il coordinamento tra decisioni di controversie diverse ed evitare il rischio di giudicati contrastanti, come nel caso di connessione oggettiva.

Il foro convenzionale, anche se pattuito come esclusivo, può subire deroga solo per motivi di connessione oggettiva. Nel caso di connessione meramente soggettiva l'unica deroga alla competenza del giudice adito per tutte le domande proposte è rappresentata dal limite della competenza per valore.

Non ricorrendo un problema di competenza per valore la connessione meramente soggettiva tra più domande proposte in via monitoria non può comportare alcuna deroga alla competenza per territorio di ciascuna causa.

(Conf. Cass., 16 dicembre 1996, n. 11212)

A.BEE.

Tribunale della Spezia, 4 gennaio 2019, n. 3 - Giudice Unico Sebastiani.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità del produttore - danno da prodotto - prodotto difettoso - presupposti - presunzione - colpevolezza del produttore - accertamento - esclusione - soggetto legittimato - utilizzatore - nozione.

(Artt. 114 ss. d. lgs. 206/2005)

In tema di danno da prodotto difettoso, la responsabilità del produttore ha natura presunta, e non oggettiva, poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza di quest'ultimo. In particolare, detta responsabilità discende dalla mera "utilizzazione" del prodotto difettoso da parte della vittima, così che risultano legittimati a far valere la pretesa risarcitoria in forza delle disposizioni del c.d. Codice del Consumo tutti i soggetti che si sono trovati esposti, anche in maniera occasionale, al rischio derivante dal prodotto difettoso; ciò in quanto la tutela prevista dalla disciplina in esame è accordata all' "utilizzatore" in senso lato - e non esclusivamente al consumatore o all'utilizzatore non professionale -, il quale, peraltro, è comunque tenuto a dimostrare la sussistenza del nesso di causalità tra il difetto del prodotto e il danno subito.

MI.F.

Tribunale di Savona, 22 marzo 2021, n. 226 - Giudice Unico Poggio.

RESPONSABILITÀ civile - cose in custodia - condominio negli edifici - caduta per dislivello dell'ascensore - esimente - disattenzione dell'utente - onere della prova - condominio - concorso del danneggiato - parametri - età e condizioni di salute.

(Artt. 2051 e 1227, co. 1, c.c.)

In caso di caduta per il dislivello tra l'ascensore e il piano la disattenzione dell'utente può assurgere a causa esimente quando lo stacco è di pochi centimetri, dovendo questi prefigurarsi un arresto non sempre ottimale della macchina, mentre la responsabilità del condominio sussiste quando lo scalino raggiunge dimensioni apprezzabili e non è visibile facilmente dall'esterno o non è segnalato.

Spetta in ogni caso al condominio dimostrare la colpa del danneggiato e che la caduta determinata dal dislivello fra la cabina dell'ascensore e quello del piano di arresto è stata causata da un suo comportamento poco attento.

Un dislivello di 15-20 cm non può ritenersi esiguo in rapporto ad un utente fragile e dalla mobilità ridotta quale verosimilmente è una persona di quasi 90 anni con precedenti documentati problemi di salute. In tal caso la condotta della vittima può, al più, assurgere a concausa dell'evento in una misura percentuale che spetta al giudice stabilire.

(Contr.: Cass., 22 giugno 2016, n. 12895)

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 27 marzo 2021 - Giudice Unico Pellegrini - R. (Avv. Buffa) c. D. (Avv. Piccinini).

RESPONSABILITÀ civile - danni cagionati da animali - invalidità permanente - incidenza negativa su aspetti dinamico/relazionali del danneggiato - personalizzazione del danno - non automatismo.

(Art. 2052 c.c.)

La perdita o ridotta o modificata possibilità di intrattenere rapporti sociali in conseguenza di una invalidità permanente costi-

tuisce una delle "normali" conseguenze delle invalidità gravi, nel senso che qualunque persona affetta da una grave invalidità non può non risentirne sul piano dei rapporti sociali.

La personalizzazione del danno non si basa su di un automatismo legato al punto di invalidità, ma postula l'individuazione di circostanze di danno "ulteriori" rispetto a quelle "ordinarie" che sono già compensate dalla liquidazione forfettizzata tabellare.

(Cfr. Cass., SS.UU., n. 26972/2008; Cass., n. 14364/2019)

EL.C.

Tribunale della Spezia, 10 maggio 2021 - Giudice Unico Somma - A. (Avv. Buffa) c. O. (Avv. Boni).

SPESE DI LITE - opposizione a precetto - intervenuto pagamento importo precettato - cessata materia del contendere - soccombenza virtuale - condanna per lite temeraria - rigetto della domanda per assenza di responsabilità aggravata.

(Art. 96 c.p.c.)

Ai fini della condanna per responsabilità processuale aggravata occorre provare la ricorrenza della malafede o della colpa grave nella condotta della parte condannata, nel senso della condannevolezza, o dell'ignoranza, derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza, dell'infondatezza delle tesi sostenute nonché nel senso di "assenza della normale prudenza o diligenza in colui che non avverte l'ingiustizia di una domanda o di una eccezione, che sarebbe stato facile rilevare con l'uso della normale prudenza o diligenza; il carattere temerario della lite non può evincersi dalla mera opinabilità del diritto fatto valere e dalle prospettazioni giuridiche riconosciute errate dal Giudice.

(Cfr. ex pluris Cass., n. 7726/2016; Cass., n. 19298/2016; Trib. Viterbo, 18 settembre 2018, n. 1273)

EL.C.

Tribunale di Genova, 21 ottobre 2020 - Giudice Unico Grasso.

SUCCESSIONE ereditaria - successione testamentaria - legato - legato di importi depositati su conto corrente bancario - legato di specie - artt. 649 e 658 c.c. - applicabilità.

(Artt. 649 e 658 c.c.)

La disposizione testamentaria con cui il testatore abbia lasciato ad un legatario somme di denaro depositate presso un istituto di credito e gestite in rapporto di conto corrente bancario ha natura di legato di specie, e non di genere, attesa l'evidente intenzione del de cuius di attribuire al legatario, con siffatta disposizione, non già un ammontare numerario qualunque, bensì il diritto di esigere il capitale e gli interessi presenti sul conto al momento dell'apertura della successione. Ne discende l'applicabilità tanto dell'art. 649 c.c., che comporta l'immediato acquisto del bene legato da parte del legatario senza la necessità di consenso degli eredi, quanto dell'art. 658 c.c., che prevede il diritto del legatario di esigere direttamente dal terzo (l'istituto bancario) il pagamento del credito; ciò in quanto, per effetto della disposizione testamentaria in esame, si realizza il diretto subentro del legatario al testatore nel rapporto obbligatorio oggetto del legato, senza che siano necessari né l'accettazione da parte del soggetto passivo del rapporto giuridico né l'intervento da parte degli eredi.

MI.F.

Documenti

La responsabilità degli amministratori di società in relazione alla “sostenibilità”.

Guido Alpa

Ordinario di Diritto civile
nell'Università di Roma “La Sapienza”

Sommario: 1. *La sostenibilità, termine politico ed economico.* - 2. *La sostenibilità come concetto normativo e il dibattito sulla società per azioni.* - 3. *Il percorso normativo del concetto di “sostenibilità”.*

1. La sostenibilità, termine politico ed economico.

Il termine “sostenibilità” è stato introdotto solo di recente nel vocabolario giuridico, e, come tutti i termini che presentano un suffisso del verbo in “-ibile”, esprime la possibilità - o la necessità - di quanto predicato nel verbo. Da questo punto di vista, dunque, non è un termine che definisce un confine semantico certo, ma, se mai, esprime un cammino *in progress*, e al contempo un criterio di giudizio, che consente di verificare se quanto enunciato nel verbo sia stato poi oggetto di adempimento. Tanto per esemplificare, nel codice civile viene usato spesso il termine “possibile”, che consente di verificare, sulla base della situazione in cui versa il soggetto, se egli fosse stato in grado di eseguire quanto richiesto dal precetto normativo, e di misurare il suo comportamento sulla base di standard, come la diligenza, declinata nei suoi diversi significati, o sulla base di clausole generali, come la buona fede e la correttezza, eventualmente tenendo conto di quanto normalmente accade in situazioni simili, e anche del comportamento di soggetti appartenenti alla medesima categoria. Altro esempio significativo è dato, nel linguaggio della dottrina, dal termine “esigibile”, che implica un controllo sull’adempimento delle obbligazioni: secondo le regole di buona fede e correttezza al debitore non si può chiedere uno sforzo esteso fino al limite dell’ “impossibile”. Ciò che è “sostenibile” esprime per l’ appunto un metro che controlla ciò che è stato sostenuto per verificare se - nelle condizioni in cui si trovava il soggetto - fosse possibile richiedergli uno sforzo maggiore o se, date le circostanze, quanto effettuato doveva ritenersi sufficiente. L’ indeterminatezza del termine è propria della indeterminatezza e della elasticità delle clausole generali, di per sé necessariamente indefinite.

Proprio per queste ragioni può essere utile ricostruirne l’ingresso nel mondo del diritto, atteso che, da quel momento, il termine diviene un *concetto normativo*, e come tale esprime un comando, che, se non osservato, importa una sanzione, o come si diceva, un metro di giudizio, sulla base del quale stabilire se sia applicabile o meno una sanzione.

Il primo documento ufficiale in cui il tema viene enunciato - senza peraltro pretendere di essere imperativo - risale al 1972, in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sull’ambiente umano tenutasi a Stoccolma, in cui si è richiamata l’attenzione sul fatto che, per migliorare in modo duraturo le condizioni di vita dell’umanità, occorre salvaguardare le risorse naturali a beneficio di tutti; per raggiungere tale obiettivo

è necessaria una collaborazione internazionale. A Stoccolma si è quindi posto l’accento sulla necessità di proteggere l’ambiente in cui l’essere umano vive e di trovare una soluzione ai problemi ambientali, senza tuttavia dimenticare gli aspetti sociali, economici e di sviluppo delle popolazioni.

La premessa da cui muove la Dichiarazione conclusiva è che - «L’uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all’eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere, ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell’ambiente davanti alle generazioni future». Essa costituisce la base per ogni programma di azione per rendere possibile l’attuazione di questo diritto. Siamo in presenza di un *accordo tra Stati*, e per l’ appunto i propositi espressi riguardano il comportamento degli Stati: i privati, gli uomini considerati come tali, sono i destinatari degli effetti di quei comportamenti, effetti che comprendono anche le “generazioni future”.

Nel testo si legge, tra l’altro, che

(...) 12. Si dovranno mettere a disposizione risorse atte a conservare e migliorare l’ambiente, tenendo particolarmente conto dei bisogni specifici dei Paesi in via di sviluppo, dei costi che essi incontreranno introducendo la tutela dell’ambiente nel proprio programma di sviluppo e della necessità di fornire loro, se ne fanno richiesta, aiuti internazionali di ordine tecnico e finanziario a tale scopo.

13. Per una più razionale amministrazione delle risorse e migliorare così l’ambiente, gli Stati dovranno adottare nel pianificare lo sviluppo misure integrate e coordinate, tali da assicurare che detto sviluppo sia compatibile con la necessità di proteggere e migliorare l’ambiente umano a beneficio delle loro popolazioni.

L’ambiente è il principale obiettivo della Dichiarazione, proprio perché, essendo inteso come habit umano, è la cornice entro la quale si gioca la sopravvivenza attuale e futura dell’umanità.

Nel 1987, sempre nell’ ambito dell’ attività dell’ ONU, la presidente della Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo (World Commission on Environment and Development, WCED), Gro Harlem Brundtland presenta il rapporto “Our common future” (“Il futuro di tutti noi”).

Il Rapporto si estende per più di trecento pagine, è articolato in tre parti (le preoccupazioni, le sfide, gli impegni) e delinea un’agenda che è consegnata agli Stati al fine di controllare, migliorare, salvare l’ambiente. Le imprese non sono destinatarie degli impegni, e tuttavia gli Stati, per realizzare gli impegni, debbono intervenire sull’ economia al fine di realizzare “uno sviluppo sostenibile”.

Nel rapporto Brundtland “Our common future” si constata che i punti critici e i problemi globali dell’ambiente sono dovuti essenzialmente alla grande povertà del sud del mondo e ai modelli di produzione e di consumo non sostenibili del nord del mondo. Il rapporto evidenzia quindi la necessità di attuare una strategia in grado di integrare le esigenze dello sviluppo e le esigenze dell’ambiente. Questa strategia è stata

definita in inglese con il termine “sustainable development”, attualmente di largo uso, e tradotto con “sviluppo sostenibile”, definizione il cui contenuto è indicato come segue: “Lo sviluppo sostenibile è quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri” (WCED, 1987).

La tutela della natura in coordinamento con l’ampliamento dei diritti dell’essere umano ha formato oggetto di successivi elaborati documenti e conferenze internazionali che hanno fissato alcuni principi e obiettivi da conseguire da parte dei Governi per promuovere lo sviluppo economico tutelando l’ambiente. Si ricordano:

- 1992 - a Rio de Janeiro, la Conferenza ONU sull’Ambiente e lo Sviluppo di (Summit della Terra)
- 2002 - in Sud Africa, il Summit Mondiale sulla Sostenibilità Ambientale
- 2002 - a Monterrey in Messico, la Conferenza Internazionale per il Finanziamento dello Sviluppo
- 2008 - a Doha in Qatar, la Seconda Conferenza Internazionale sul Finanziamento allo Sviluppo
- 2010 - Il primo documento europeo è dato da Strategia “Europa 2020”, per una crescita intelligente e sostenibile ed inclusiva)
- 2012 - a Rio de Janeiro “Rio+20”, la Conferenza Mondiale sullo Sviluppo Sostenibile The Future We Want)
- 2015 - a New York, il Summit per l’adozione dell’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile.

L’esame di questi documenti indica come dalla strategia che considerava come destinatari degli impegni solo gli Stati si sia gradualmente passati ad una strategia più estesa e onnicomprensiva, in cui si coinvolgono anche le imprese e i singoli, in modo che dal coordinato concorso di istituzioni pubbliche e istituzioni private si possa raggiungere l’obiettivo prefisso. Il coinvolgimento diretto delle imprese fa sì che questa problematica non si sviluppi soltanto nell’ambito delle analisi macroeconomiche e di politica internazionale, ma si estenda a ricomprendere le analisi economico-aziendali (v. per tutti Perrini, *Sostenibilità*, Milano, 2018).

Il dibattito sulla razionale distribuzione delle risorse, sui costi della tutela dell’ambiente, sui programmi di difesa dei diritti umani si sono accentuati in tutto il pianeta.

Per rimarcare la rilevanza degli interessi protetti si sono inseriti in alcune costituzioni dei Paesi meno sviluppati, quali quelli del Sudamerica, obblighi di protezione da osservare nei confronti di nuovi soggetti di diritto.

La Corte costituzionale della Repubblica di Colombia ha riconosciuto la Foresta Amazzonica Colombiana come soggetto di diritto. Nella sentenza n. 4360 del 5 aprile 2018, la Corte Suprema di Giustizia definisce la natura “*sujeto de derechos*” a cui sono stati concessi gli stessi diritti di una persona fisica, tra cui quello alla vita. La soggettività giuridica ha attribuito a questo ecosistema vitale per il mondo il diritto di protezione, conservazione, mantenimento e manutenzione che incombe sullo Stato e sulle entità territoriali del bacino amazzonico, e nella sentenza è stato ordinato di intervenire con urgenza per arginare la deforestazione della foresta pluviale. La pronuncia della Corte Suprema di Giustizia si sofferma altresì sull’analisi della Costituzione colombiana dalla prospettiva della tutela dell’ambiente, considerandola come una “*Constitución Ecológica*” o “*Constitución Verde*”, ed elevando il concetto di tutela ambientale a diritto fondamentale dell’uomo.

Infatti, nella citata sentenza, la Corte Suprema di Giustizia sottolinea che l’ambiente costituisce un diritto di rango costituzionale, contenuto nel capitolo III della Carta Magna costituzionale colombiana, rubricato “i diritti collettivi e dell’ambiente” (artt. 79 e 80).

In ogni caso « il principio di sostenibilità è diventato un punto diriferimento per le scelte economiche sociali a livello globale» (Giovannini, *Il principio della sostenibilità*, Aspenia, 2019, p. 76).

2. La sostenibilità come concetto normativo e il dibattito sulla società per azioni.

Più difficile è tracciare il percorso sul terreno giuridico, perché, al di là della rilevanza testuale del termine, di cui si discuterà tra poco, la sostenibilità, cioè il raggiungimento di obiettivi che rendano compatibile l’iniziativa economica privata con la tutela dei diritti umani, e dell’ambiente, si colloca al centro di un dibattito che coinvolge la corporate social responsibility, la corporate governance, il bilancio sociale delle imprese, e altri aspetti tecnicamente complessi.

In queste occasioni il tema “sostenibilità” può essere valutato sotto diverse prospettive. Il primo riferimento è alla “teoria sociale dell’impresa”, quale base teorica di stampo europeo, da esaminare nel contesto della disciplina generale dell’attività d’impresa.

Se ne discuteva già prima della introduzione del codice civile del 1942 (e in particolare nell’ambito del diritto corporativo) e poi il discorso si è accentuato nel corso degli anni Cinquanta. Si muoveva da una considerazione di base, accolta anche nel testo del codice, e cioè dalla distinzione dell’interesse che fa capo alla società rispetto dell’interesse proprio dei soci.

L’analisi degli interessi tutelati nel contesto della disciplina giuridica delle attività considerava indiscutibile che la società dovesse realizzare finalità di natura privata - la realizzazione del profitto - perché in un mercato libero in cui l’iniziativa privata si poteva svolgere senza essere piegata agli interessi dello Stato, la massimizzazione del profitto era per così dire lo scopo naturale dell’impresa. Di qui le reazioni di quanti, di fronte a programmi di conversione delle imprese private alla realizzazione di interessi pubblici si erano espressi contro la “funzionalizzazione” dell’impresa privata (Minervini, *Contro la funzionalizzazione dell’impresa privata*, in *Riv.dir.civ.*, 1958, I, p. 618 ss.)

L’art. 41 cost. doveva essere inteso come un precetto che consentiva al legislatore di limitare l’iniziativa economica per ragioni di *utilità sociale* ma ciò non implicava che la singola impresa dovesse, di sua iniziativa, porsi obiettivi di tutela di interessi altri, rispetto a quello dell’impresa medesima.

Se mai si discuteva quanto si dovessero tenere in conto gli interessi dei soci, in particolare il loro diritto alla divisione degli utili e al dividendo (Asquini, *I battelli del Reno*, in *Riv.soc.* 1959, p. 619 ss.)

Al quesito la dottrina prevalente diede una risposta che qualificava la società come un’istituzione autonoma dai soci, portatrice di un proprio interesse, l’“interesse sociale”, cui il diritto dei soci alla percezione degli utili era condizionato alla disponibilità delle risorse dopo che erano state soddisfatte le esigenze della società, funzionali al conseguimento del proprio scopo.

Posizione superata nel periodo successivo, per iniziativa di molti studiosi che avevano iniziato a discutere sul significato e i contenuti della formula “interesse sociale” (v. in particolare Jaeger P.G., *L’interesse sociale*, Milano, 1964, recensito criticamente da G.Ferri in *Riv.dir.comm.*, 1965).

Alla fine del secolo scorso si è convenuto che non esista un interesse dei soci diverso da quello della società, posto che i soci all'interno della società concorrono a sviluppare l'interesse comune; se mai si potrà discutere tra interessi dei soci di maggioranza e dei soci di minoranza. E, tenendo conto delle teorie fondate sull'analisi economica del diritto, di stampo americano, è prevalsa la concezione della società non come ente a sé stante ma come un "fascio di contratti" ovvero come espressione delle volontà contrattuali dei soci che si manifesta nei meccanismi di *governance* che vanno modificandosi per consentire di dare rilievo ai particolari diritti dei singoli o dei gruppi di soci nei confronti di altri rispetto alla gestione operativa, alla definizione di obiettivi strategici, alla politica di remunerazione degli investimenti da parte della società.

La dottrina viene recepita anche in Italia con la riforma del diritto delle società del 2003 e con l'espansione della tutela dei diritti degli interessi dei singoli soci nella dinamica gestionale della società.

Tuttavia il quadro normativo per la definizione dei contenuti dell'interesse sociale che la società deve perseguire si è complicato in relazione all'estensione degli interessi esterni alla compagine dei soci che trovano affermazione e conseguente protezione nell'ordinamento e che vanno di fatto ad integrare gli interessi dei soci. Occorre sempre più combinare nella gestione dell'impresa l'interesse al profitto con la tutela di interessi diffusi della comunità civile in cui l'impresa opera con costante sviluppo dell'attenzione dovuta alla cura anche di tali interessi esterni.

Non è ancora una teoria di socializzazione dell'impresa ma si tratta certamente di un'integrazione del contenuto dell'interesse proprio della società che si pone pertanto come entità autonoma rispetto ai propri soci. In tale contesto si va anche affermando il ruolo di soggetti esterni alla compagine societaria, genericamente indicati come *stakeholder*, la cui definizione ha creato e continua a creare equivoci per la determinazione del perimetro dei soggetti e degli interessi che vi sono compresi, per cui ci si è volti verso una visione molto ampia della stessa nozione, lasciando agli amministratori ed alla loro discrezionale valutazione la definizione dei relativi contenuti in funzione della concreta attività della società e dell'ambito dei suoi rapporti con l'ambiente sociale e naturale.

Ne è derivata un'ulteriore evoluzione della dottrina, e un ritorno della concezione "istituzionale" della società, intesa come espressione di un'entità autonoma e comune non solo ai soci ma anche di altri portatori di interesse da tutelare nella gestione sociale.

Recentemente si è anche affermato che la teoria contrattualistica della società sia da ritenere abbandonata.

La discussione è ancora in corso tra i sostenitori della priorità della tutela degli interessi degli stockholders (Hansmann, *Corporation and Contract*, Working Paper, 2006; Hansmann e Kraakmann, *The End of History for Corporate Law*, Working Paper, 2000) e coloro che, facendo appello alla *Corporate Social Responsibility*, e alla tutela degli stakeholders, ritengono che la società ancorché di diritto privato debba farsi carico della tutela di interessi *altri*, diversi da quella dei soci, che sono coinvolti nella sua attività, come i dipendenti, i fornitori, i clienti, gli utenti, e poi ovviamente l'ambiente e di diritti umani. (v. Freeman e Reed, *Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance*, in 25 *Calif. Manag. Rev.*, 1983, p. 88 ss.)

In altri termini, la primazia degli shareholder non è più un

dogma (Shareholder Theory Summary, Lawteacher.net, July 2021; Smith e Roennegard, *Shareholder Primacy, Corporate Social Responsibility and the Role of Business Schools*, *J. of Bus. Ethics*, 2014, p. 1 ss.; Hayden e Boodie, *Reconstructing the Corporation*, Cambridge, 2021) ed il loro potere deve essere condiviso con i titolari degli interessi "altri" rispetto a quelli dei soci.

Nel libro del 2021 sul "Capitalismo degli stakeholder" di Klaus Schwab, fondatore del World Economic Forum, viene promosso un modello secondo cui le aziende private non sono soltanto entità in cerca di profitto, ma agiscono anche a beneficio della società più allargata (non solo degli azionisti). Si passa dunque da "shareholder capitalism" a "stakeholder capitalism" con l'esigenza di fornire una più articolata indicazione degli obiettivi della attività di impresa.

Il dibattito è penetrato anche in Italia, ove si è intrecciato con la discussione sulla nozione di "società", sullo scopo della società, e sulle categorie di interessi protetti, con la discussione sulla responsabilità sociale dell'impresa e sui contenuti e sulle prospettive della economia sociale d'impresa (nell'ampia messe di contributi v. Angelici, *Divagazioni sulla «responsabilità sociale» d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3 ss. Marasà, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2017/2, 8 ss.; Stella Richter jr., *Società benefit e società non benefit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2017/2, 1 ss.; Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizz. dir. comm.*, 2013, p. 1 ss.; Conte G., *L'impresa responsabile*, Milano, 2018).

Gli obiettivi della sostenibilità sono ormai tipizzati nella scala degli interessi (Barbier e Burgess, *The Sustainable Development Goals and the Systems Approach to Sustainability*, in 11 *Economics*, 2017, 1 ss.; Rolli, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna, 2021). Sono certamente obiettivi rimarchevoli, ma un conto è considerarli come scopi che gli Stati sulla base di accordi di cooperazione internazionale, possono realizzare, altro conto è proporli ai privati.

Certo, alcuni sono già oggetto di previsione costituzionale, altri di una legislazione articolata - come ad es., la protezione della salute, l'utilizzazione dell'acqua o della terra; altri non sono proponibili come obiettivo dei privati, ma le "big corporations" possono concorrere nel perseguirli.

Eccoli nell'ordine indicato dalla Dichiarazione dell'ONU del 2015 (*Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, su United Nations - Sustainable Development knowledge platform)

1. sconfiggere la povertà: porre fine alla povertà in tutte le sue forme, ovunque;
2. sconfiggere la fame: porre fine alla fame, garantire la sicurezza alimentare, migliorare la nutrizione e promuovere un'agricoltura sostenibile;
3. buona salute: garantire una vita sana e promuovere il benessere di tutti a tutte le età;
4. istruzione di qualità: garantire a tutti un'istruzione inclusiva e promuovere opportunità di apprendimento permanente eque e di qualità;
5. parità di genere: raggiungere la parità di genere attraverso l'emancipazione delle donne e delle ragazze;
6. acqua pulita e servizi igienico-sanitari: garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile di acqua e servizi igienico-sanitari;

7. energia rinnovabile e accessibile: assicurare la disponibilità di servizi energetici accessibili, affidabili, sostenibili e moderni per tutti;
8. buona occupazione e crescita economica: promuovere una crescita economica inclusiva, sostenuta e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva e un lavoro dignitoso per tutti;
9. innovazione e infrastrutture: costruire infrastrutture solide, promuovere l'industrializzazione inclusiva e sostenibile e favorire l'innovazione;
10. ridurre le disegualianze: ridurre le disuguaglianze all'interno e tra i paesi;
11. città e comunità sostenibili: creare città sostenibili e insediamenti umani che siano inclusivi, sicuri e solidi;
12. utilizzo responsabile delle risorse: garantire modelli di consumo e produzione sostenibili;
13. lotta contro il cambiamento climatico: adottare misure urgenti per combattere il cambiamento climatico e le sue conseguenze;
14. utilizzo sostenibile del mare: conservare e utilizzare in modo sostenibile gli oceani, i mari e le risorse marine per uno sviluppo sostenibile;
15. utilizzo sostenibile della terra: proteggere, ristabilire e promuovere l'utilizzo sostenibile degli ecosistemi terrestri, gestire le foreste in modo sostenibile, combattere la desertificazione, bloccare e invertire il degrado del suolo e arrestare la perdita di biodiversità;
16. pace e giustizia: promuovere lo sviluppo sostenibile; rafforzare gli strumenti di attuazione e rivitalizzare il partenariato globale per lo sviluppo sostenibile.
17. rafforzare le modalità di attuazione e rilanciare il partenariato globale per lo sviluppo sostenibile.

3. Il percorso normativo del concetto di "sostenibilità". L'Unione Europea ha cominciato ad occuparsi del tema all'inizio degli anni duemila con documenti circoscritti specifici aspetti, i diritti dei lavoratori, i diritti dei soci di minoranza, i diritti dei consumatori e la protezione dell'ambiente. Questa politica economica e sociale - che risale alla concezione germanica dell'economia sociale di mercato - è assai discussa, sia da parte di coloro che la ritengono limitante della libera iniziativa economica, sia da parte di coloro che vi intravedono 'immagine di un capitalismo "dal volto umano". (v. ad es. Somma, Il diritto privato liberista. Riflessioni sul tema dell'autonomia privata (Bul. mex. der. comp., 101).

Il quadro normativo che attualmente si si informa alla responsabilità sociale dell'impresa e traduce in termini giuridici il principio di sostenibilità è principalmente costituito da:

- la Direttiva 2014/95/UE (c.d. "Direttiva sull'Informazione non finanziaria") che impone obblighi informativi riguardo alla gestione dei rischi ambientali e sociali legati all'attività dell'impresa. La disciplina relativa è fondata sulla visione di un ruolo globale dell'impresa come operatore che deve guardare al *lungo periodo* e pertanto curare anche i fattori sociali ed ambientali per raccogliere la fiducia degli investitori. Si tratta dell'applicazione della teoria sociale di mercato e della affermazione di interessi che devono aver riguardo ed essere compatibili con aspetti sociali e ambientali.
- il D. lgs. n. 254/2016 (per la cui attuazione è stato anche emanato il Regolamento Consob di cui alla Delibera n. 20267/2018) con cui si recepisce la Direttiva sull'infor-

mazione non finanziaria (2014/95/UE). Il Decreto e le disposizioni in esso contenute impongono alle società di grandi dimensioni, qualificate come enti di interesse pubblico rilevanti, di redigere e pubblicare la cosiddetta "dichiarazione di carattere non finanziario". Tale dichiarazione deve contenere, per ogni esercizio finanziario, informazioni relative ai temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta contro la corruzione attiva e passiva, volte ad assicurare la comprensione dell'attività di impresa, del suo andamento, dei suoi risultati e dell'impatto dalla stessa prodotta. Vengono così introdotte specifiche regole per la diffusione di informazioni al pubblico, vincolanti per società ed amministratori cui viene chiesto, oltre che di gestire correttamente l'attività economica e finanziaria per il perseguimento del profitto, anche di farsi carico degli impatti esterni di tale attività di gestione e di fornirne adeguata informazione esterna. Sono previste sanzioni per mancate o imprecise informazioni al mercato.

- la Direttiva UE 2017/828/UE sui diritti degli azionisti, trasposta nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 49/2019 (la "Shareholders Rights 2") che nell'ottica di rafforzare il perseguimento degli obiettivi non finanziari interviene sulle politiche di remunerazione di amministratori e management con l'obbligo di dare evidenza del collegamento di tali politiche con la "*strategia aziendale, gli interessi di lungo termine e con la sostenibilità della società*".

L'introduzione di una specifica disciplina in merito agli aspetti "non finanziari" della gestione delle società integra i doveri degli amministratori, e giustifica l'utilizzazione di risorse per la tutela degli interessi che sono diversi da quelli dei soci.

Si tratta di interessi che, in quanto protetti, accrescono il valore delle azioni nel lungo periodo. La previsione normativa consente di escludere che la loro protezione possa essere imputata a errori o manchevolezze nella gestione della società, e mette dunque al riparo gli amministratori e manager da azioni promosse dai soci, dal momento che nel quadro della gestione economica dell'impresa non è censurabile l'utilizzazione di fondi destinati a questi scopi.

Con l'attrazione di tali interessi alla cura degli amministratori, essi sono chiamati ad un'attività di ponderazione la cui valutazione, anche da parte dei soci e degli altri soggetti titolari di interessi tutelati, dovrebbe considerarsi riferita all'applicazione della "business judgement rule". La valutazione dovrebbe infatti riguardare solo la diligenza nel valutare e ponderare con ragionevolezza gli elementi di rischio ed opportunità per la cura dell'impatto sociale ed ambientale dell'attività d'impresa.

In questi ultimi tempi si è sviluppata in sede UE la volontà di indirizzare con maggiore incisività le imprese alla cura di tali interessi, imponendo regole più specifiche con un'attenzione al tema che ha portato ad approvazione regolamenti per il perseguimento della "sostenibilità" in alcuni settori e per servizi ed investimenti finanziari. In tale contesto, in armonia con gli obiettivi indicati nell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile, sono stati definiti obiettivi non finanziari, i SDG's, su cui dovrebbero concentrarsi le attività delle società e che rappresentano anche i parametri di valutazione delle azioni dalle stesse svolte per il perseguimento di tali obiettivi di cui deve darsi notizia nel Documento Non Finanziario.

L'obbligo di redigere il bilancio sociale, riservato dalla direttiva del 2014 alle società quotate in borsa, alle banche e alle assicurazioni, risponde all'esigenza di *informare il mercato*. Non

si prevede ancora un obbligo di destinare le risorse a questi scopi, ma è evidente che se si deve compitare un “bilancio” occorre documentare le iniziative assunte da amministratori e manager per realizzare quegli scopi.

Con riferimento alla finanza sostenibile, la divergenza normativa e applicativa tra i vari Paesi membri dell’UE, ha portato all’approvazione del Regolamento UE 2020/852 sulla Tassonomia, ratificato il 18 giugno del 2020, che trova diretta applicazione negli Stati membri, con l’istituzione di un sistema unificato di classificazione delle attività sostenibili in cui vengono fissati i criteri per determinare se un’attività economica possa considerarsi ecosostenibile.

L’Assonime, nel mese di marzo 2021, ha elaborato un documento in cui è anche contenuta un’esposizione sintetica della legislazione vigente nei Paesi UE con un approfondimento dei rispettivi contenuti. Nel documento Assonime ci si sofferma in particolare sulla responsabilità degli amministratori in merito al perseguimento o degli obiettivi non finanziari e sulle più adeguate regole di governance. Al riguardo vengono indicate due ipotesi alternative:

- a) Inserimento degli obiettivi, ovvero anche del solo principio dello sviluppo sostenibile, nello scopo sociale indicato nello statuto della società. In tal caso si verrebbe ad ampliare direttamente lo stesso interesse o scopo sociale e rappresenterebbe una modifica strutturale del modello che vincola sia gli amministratori ma anche i soci, per quanto di rispettiva competenza.
- b) Prevedere la cura degli aspetti non finanziari tra i compiti degli amministratori. In tal caso si verrebbe ad aggiungere un elemento che incide sulla valutazione della diligenza degli stessi nello svolgimento del loro compito, ma non inciderebbe sullo scopo sociale che resterebbe quello tipico del perseguimento del profitto da distribuire tra i soci.

L’Assonime propende per la soluzione b) che è stata recepita nel nuovo Codice di Corporate Governance, in coerenza con

la politica di lasciare alla volontaria adesione a raccomandazioni (cosiddetta “soft law”) piuttosto che a norme rigide e vincolanti, la disciplina delle regole di *governance* delle società per consentire la migliore flessibilità nella definizione dell’organizzazione di ciascuna società e nella cura degli interessi, anche tenendo conto della genericità dell’espressione “successo sostenibile” e del contenuto degli stessi 17 obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs).

Per alcuni di tali obiettivi SDGs pare difficile ricondurre il loro conseguimento direttamente a compiti e responsabilità delle singole società e pertanto dei singoli amministratori in quanto in qualche caso possono rappresentare meri auspici per un mondo migliore, come ad esempio la volontà di porre fine ad ogni forma di povertà nel mondo o di porre fine alla fame nel mondo, ed in altri casi si tratta di un orientamento ad azioni concrete piuttosto che di indicazione di obblighi concreti. Altri ancora richiedono il necessario concorso di iniziative pubbliche che sono al di fuori delle capacità di gestione o di intervento delle singole società.

Si tratta quindi di esaminare caso per caso come e con quale intensità l’azione della società deve porsi nella cura dei singoli aspetti di impatto ambientale e sociale e nel conseguimento dei relativi obiettivi per valutare se possa configurarsi una responsabilità degli amministratori per la carenza o l’insufficienza di adeguate iniziative nella gestione aziendale.

Il 21 aprile 2021 la Commissione europea ha presentato una proposta di Direttiva relativa alla pubblicazione delle informazioni sulla sostenibilità delle imprese che modifica la Direttiva 2013/34/UE, la Direttiva 2004/109/UE, la Direttiva 2006/43/UE e il Regolamento UE 537/2014. Il testo della proposta è in consultazione fino al 22 giugno 2021, successivamente verrà trasmesso al Parlamento europeo e al Consiglio dell’UE per l’adozione con procedura ordinaria. La proposta di Direttiva modifica le disposizioni della direttiva sulle informazioni non finanziarie e prevede, *inter alia*, l’estensione del campo di applicazione della redazione del Documento Non Finanziario alle medie imprese.

La Riforma del Terzo Settore e dell'Impresa Sociale.*

Andrea Fusaro

Ordinario nell'Università di Genova
Notaio

Sommario: 1. La Legge delega e il Codice del Terzo settore.- 2. La riforma dell'impresa sociale.- 3. La disciplina multilivello degli ETS.- 4. Le fisionomie degli ETS.- 5. Notazioni riepilogative.

1. La Legge delega e il Codice del Terzo settore.

La legge 6 giugno 2016, n. 106 (1) ha previsto il riordino e la revisione organica- mediante la redazione di un apposito Codice- della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore (2), inclusa la disciplina tributaria (3). Il Codice del terzo settore è stato adottato con il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (4), che in apertura enuncia l'obiettivo di "sostenere l'autonomia iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa." (art. 1).

I principi generali sono fissati attraverso il riconoscimento del valore e della funzione sociale "degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo", di cui "è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, e ne è favorito l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale." (art. 2).

2. La riforma dell'impresa sociale.

A termini dell'art. 40, primo comma, d. l. n. 117/2017 "Le imprese sociali sono disciplinate dal decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale." Con il d.l. n. 3 luglio 2017, n. 112 è stata adottata la "Revisione della disciplina in materia di impresa sociale" (5), il cui primo articolo dispone che "Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme del libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività".

Le imprese sociali troveranno ospitalità non nel Registro unico nazionale del Terzo settore (6) (RUNTS) a fianco delle figure nominate (7), ma nel Registro Imprese.

3. La disciplina multilivello degli ETS.

Il perimetro applicativo delle disposizioni del d. l. n. 117/2017 è esteso alle "categorie di enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare", purché non derogate e "in quanto compatibili" (art. 3). Per quanto non previsto

dal Codice, agli enti del Terzo settore si applicano le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione (8). Com'è stato notato (9), in questo modo prendono forma tre aree concentriche, delle quali il codice civile occupa la più ampia, residuale, dove a un supplemento di autonomia corrisponde la rarefazione di incentivi fiscali, in linea con la tendenza ormai radicata. Quest'ultimo cerchio sopravvive pressoché immutato - fatta eccezione per l'art. 42 bis c.c. relativo alle trasformazioni-, in ragione della incompleta attuazione della delega, che pure aveva disposto si provvedesse "nel rispetto e in coerenza con la normativa dell'Unione europea e in conformità ai principi e ai criteri direttivi" previsti dalla legge (10).

L'impostazione adottata dal legislatore è riconducibile al modello comunemente qualificato a cannocchiale, con alcune varianti. Vi corrisponde l'anticipazione della disciplina dedicata agli ETS in generale (contenuta nel titolo II) rispetto a quella riguardante le singole categorie (titolo V); è, ancora, allineata la collocazione liminare delle norme rivolte al Volontario e all'attività di Volontariato (titolo III), in quanto eventualità a disposizione di tutti gli ETS. La presenza delle associazioni e fondazioni del terzo settore nel titolo IV si giustifica in considerazione della circostanza che vi è calata non già una categoria autonoma, bensì una serie di regole che "si applicano a tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione" (art.20).

A ciò si aggiunga che l'art. 4, primo comma, annovera bensì associazioni e fondazioni tra gli ETS, ma l'art.46 - relativo alla struttura del Registro - non vi dedica alcuna sezione autonoma, cosicché si apre l'alternativa ermeneutica tra intendere smentita quella previsione - dal momento che l'iscrizione nel Registro è costitutiva della condizione di ETS, ai sensi del medesimo primo comma dell'art.4 -e ritenere che le associazioni, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società di cui all'art. 4, se titolari di tutti i requisiti per acquisire la qualifica di ETS, si iscriveranno nella sezione prevista dalla lett. g) dell'art. 46, dedicata agli "Altri enti del Terzo settore". La seconda lettura si lascia preferire e tale omissione dall'elenco è giustificabile considerando che l'art. 4 presuppone una visione degli ETS divisi tra tipici e atipici: per odv, aps, enti filantropici, impresa sociale, reti e Società di mutuo soccorso, in quanto ETS tipici, sono previste altrettante sezioni; diversamente, le fondazioni, le associazioni e altri enti sono considerati atipici (e residuali) e in quanto tali ricadono tutti nella sezione del registro "altri enti del terzo settore" (11). Occorre, poi, considerare l'eventualità che la decretazione ministeriale attuativa del Registro aggiunga ulteriori sezioni.

L'applicazione delle regole dettate per associazioni e fondazioni a tutti gli ETS costituiti in tali forme determina la comunanza della disciplina contenuta negli artt. 20-31, la quale integra le disposizioni del libro primo attraverso l'innesco di molte regole societarie (12). I richiami ad articoli del libro quinto sono particolarmente numerosi in tema di amministrazione (13). Altrettanto dicasi in tema di controllo (14) e di revisione legale dei conti (15).

4. Le fisionomie degli ETS.

Il Titolo II del d. l. n. 117/2017 è dedicato agli Enti del Terzo Settore in generale (16). L'elenco delle categorie è composito: alcune preesistevano, altre hanno preso vita con il Codice; la disciplina risulta ora conservata, ora innovata. Sotto il profilo teleologico la cesura rispetto agli enti del libro primo è notevole: a seguito della riforma Bassanini,

*Testo dell'Introduzione al convegno "Il Terzo Settore tra pubblico e privato nel prisma della comparazione", evento conclusivo del Corso di Dottorato di ricerca in Diritto a.a. 2019-2020, svoltosi presso la sede dell'Università di Genova il 30 ottobre 2020.

per quelli ci si accontenta della liceità e possibilità dello scopo; per questi sono ora pretese finalità “civiche solidaristiche e di utilità sociale”.

La connotazione dell’ETS è, dunque, affidata al duplice requisito dello scopo prefisso e dell’attività svolta: il primo è identificato nel “perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale” (art. 5); il secondo è fatto consistere nell’esercizio – “in via esclusiva o principale” di “una o più attività di interesse generale”.

Sono considerate di interesse generale, se “svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l’esercizio”, le attività indicate al primo comma dell’art. 5, attraverso un elenco solo in parte coincidente con quello dell’impresa sociale (17). A fianco di queste ne sono consentite altre (art. 6), alla duplice condizione che “l’atto costitutivo o lo statuto lo consentano” e “siano secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale”.

L’assenza di scopo di lucro trova disciplina a fianco della destinazione del patrimonio, in virtù della comune previsione (18). Quale realizzazione di tale precetto è presentato il divieto della “distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo” (secondo comma). Al terzo comma sono indicate le ipotesi di “distribuzione indiretta di utili”, recuperando le indicazioni dettate da previgenti norme del settore. Alla preclusione circa la distribuzione di utili è consueto abbinare prescrizioni circa la devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento e questa legge non si sottrae alla regola (19).

Si collega al divieto del lucro soggettivo la previsione – nel Codice sistemata più avanti – relativa alla presenza di dipendenti e al loro trattamento economico e normativo.

Integra un’innovazione di rilievo l’accesso degli ETS – purché dotati di personalità giuridica e iscritti nel registro delle imprese – ai patrimoni destinati a uno specifico affare ai sensi degli articoli 2447-bis ss. cod. civ. (art. 10).

5. Notazioni riepilogative.

La riforma del Terzo settore presenta molte singolarità: interviene sulle leggi speciali, ma interferisce sul profilo degli enti del libro primo del codice civile, pur avendo rinunciato a esercitare al riguardo la delega conferita; tendenzialmente si modella sugli schemi consolidati di associazioni e fondazioni, tuttavia inserisce varianti ora corrispondenti alle acquisizioni della prassi, ora stravaganti.

Circa gli statuti degli enti la riforma mostra scelte ora innovative, ora invece allineate alla sedimentazione normativa maturata a margine dei modelli offerti dal codice civile e dalle leggi speciali del terzo settore. Si tratta di attendere l’atteggiamento che verrà a prevalere presso gli interpreti, rivolto alla valorizzazione dell’originalità, oppure al suo ridimensionamento, nel segno della continuità con la tradizione. Occorrerà sistemare il nuovo scenario, riconciliando le innovazioni con il quadro, e dopo l’assestamento di linee ermetiche interpretative condivise potrà trarsi un bilancio in termini di assimilazione oppure di rigetto, di esaltazione della originalità di alcune indicazioni, oppure del loro riassorbimento nella tradizione.

Note

(1) Recante delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale. Si se-

gnala il commento di G. Ponzanelli, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *NGCC*, 2017, I, 726.

(2) A termini dell’art. 1, 1° c., legge 106/2016, per Terzo settore si intende “il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi”.

(3) Nella riunione del 12 maggio 2017 il Consiglio dei ministri ha adottato una preliminare deliberazione e ha richiesto il parere del Consiglio di Stato, che è stato espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell’adunanza del 31 maggio 2017. Il 20 giugno 2017 non si è realizzata l’intesa in sede di Conferenza unificata. Nella seduta del 28 giugno 2017 il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva i due decreti legislativi recanti il Codice del terzo settore e la nuova disciplina dell’Impresa sociale; il 18 e il 19 luglio sono stati pubblicati in Gazzetta i due decreti legislativi di riordino del cinque per mille (Dlgs 111/2017) e dell’impresa sociale (Dlgs 112/2017); il 3 agosto è entrato in vigore il Dlgs 117/2017, Codice unico contenente le disposizioni fiscali per gli enti non lucrativi e le nuove regole per le Onlus, le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale.

(4) Adottato a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b), legge 6 giugno 2016, n. 106 (17G00128), pubblicato sulla GU n. 179 del 2-8-2017 - Supplemento Ordinario n. 43. L’art. 1, comma 7, decreto legislativo 117/2017 ha previsto una revisione dopo un anno.

(5) A norma dell’articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106

(6) Nell’ambito delle sezioni del Registro unico nazionale del Terzo settore la quarta è dedicata alle “Imprese sociali, incluse le cooperative sociali” (art. 46 lett. d), d. l. vo 117/2017).

(7) Art. 46, 1° comma, d. l. vo 117/2017: “a) Organizzazioni di volontariato; b) Associazioni di promozione sociale; c) Enti filantropici; d) Imprese sociali, incluse le cooperative sociali; e) Reti associative; f) Società di mutuo soccorso”. A queste sei figure nominate viene ad aggiungersi la settima (contraddistinta dalla lettera g)) aperta relativa agli “Altri enti del Terzo settore”.

(8) Fatto salvo quanto previsto dal Capo II del Titolo VIII, le disposizioni del Codice non si applicano agli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 (art.3, 3° c., d. l. vo 117/2017).

(9) G. Ponzanelli, *Enti del Terzo Settore: la categoria*, relazione al Convegno *La riforma del c.d. Terzo Settore*, organizzato dalla Fondazione italiana del Notariato e dalla Luiss presso la sede di quest’ultima a Roma il 22 giugno 2017, i cui atti sono raccolti in un volume della collana *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, edita da Il Sole24ore.

(10) L’art. 1, comma 2, lettera a, legge 6 giugno 2016, n. 106, aveva previsto che, con i decreti legislativi da adottarsi entro un anno, si provvedesse in particolare alla “revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute”. I principi e criteri direttivi figurano all’art. 2 e consistono nel riconoscere, favorire e garantire: “il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo”, ai sensi della Costituzione; inoltre “l’iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali”; ancora “assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l’autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti”; infine “semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza giuridica, logica e sistematica”.

(11) G. Ponzanelli, *Enti del Terzo Settore: la categoria*, cit. pensa, tra gli altri, a enti che svolgono attività economica in modo stabile nei settori dell’art. 5

- che ben possono farlo in quanto ETS -, ma per i quali è prevista una fiscalità agevolata se assumono la qualifica di impresa sociale.

(12) Tra le prime si segnala la conservazione dell'iter vigente per l'acquisto della personalità giuridica (art. 22, 1° c.), i requisiti per atto costitutivo e statuto (art. 21), la forma dell'atto pubblico per le modifiche statutarie (art. 22, 6° c.), l'autonomia patrimoniale perfetta per associazioni riconosciute e fondazioni (art. 22, 7° c.). Tra le seconde: la nuova modalità per l'acquisto della personalità giuridica (art. 22, 2 e 3 c.), l'indicazione di una soglia fissa di patrimonio minimo, la previsione di una relazione per i conferimenti in natura (art. 22, 4 c.), l'obbligo di assumere provvedimenti a fronte della riduzione di oltre un terzo (art. 22, 5° c.), tutte mutuare dalle società di capitali; la procedura di ammissione di nuovi soci (art. 23) e la disciplina delle assemblee (art. 24, 25) replicano quelle dettate per le cooperative (art. 2528 c.c.).

(13) Sia circa la nomina e i poteri dell'organo (l'art. 26 richiama l'art. 2382 c.c.), sia a proposito del conflitto di interessi (l'art. 27 contiene riferimento all'art. 2475-ter c.c.), nonché della responsabilità (l'art. 28 richiama gli artt. 2392, 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis, 2395, 2396, 2407 c.c. e l'art. 15 d.l. vo 39/2010).

(14) L'art. 29 evoca l'art. 2409 c.c.; l'art. 30 riproduce la disciplina del collegio sindacale della s.p.a., nel tenore e tramite riferimento agli artt. 2397, 2399, nonché al d.l. vo 231/2001.

(15) L'art. 31 è ricalcato sull'art. 2409 bis c.c.

(16) Per tali intendendo "le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore" (art. 4, 1 comma). Sono espressamente emarginate "le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei

soggetti operanti nel settore della protezione civile alla cui disciplina si provvede ai sensi dell'articolo 32, comma 4. Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente comma i corpi volontari dei vigili del fuoco delle Province autonome di Trento e di Bolzano e della Regione autonoma della Valle d'Aosta" (art. 4, 2 comma). Agli enti religiosi civilmente riconosciuti il decreto in oggetto si applica "limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 5, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, recepisca le norme del presente Codice e sia depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore". Inoltre per lo svolgimento di tali attività è prescritta la costituzione di un patrimonio destinato e la separata tenuta delle scritture contabili di cui all'articolo 13.

(17) Art. 2 d.lgs. 3 luglio 2017, nell'ambito "delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n. 106, nonché delle finalità e dei principi di cui agli articoli 1 e 2 del presente Codice", tramite regolamento "da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti".

(18) Per cui "Il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate è utilizzato per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini dell'esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" (art. 8).

(19) Sono qui riproposte prevedendo che "in caso di estinzione o scioglimento, il patrimonio residuo è devoluto, previo parere positivo dell'Ufficio di cui all'articolo 45, comma 1, e salva diversa destinazione imposta dalla legge, ad altri enti del Terzo settore secondo le disposizioni statutarie e o dell'organo sociale competente o, in mancanza, alla Fondazione Italia Sociale. Il parere è reso entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta che l'ente interessato è tenuto a inoltrare al predetto Ufficio con raccomandata a/r o secondo le disposizioni previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, decorsi i quali il parere si intende reso positivamente. Gli atti di devoluzione del patrimonio residuo compiuti in assenza o in difformità dal parere sono nulli" (art. 9).

Per un diritto del virtuale.

Michele Marchesiello

Magistrato

Sommario: 1. *Dell'agire virtuoso.* - 2. *Effetti del 'continuum' tra reale e virtuale.* - 3. *Ruolo del diritto.* - 4. *Se esista una dimensione giuridica del virtuale.* - 5. *Aspetti giuridici dell'industria del virtuale.* - 6. *Le ricadute di natura psicologica e psichiatrica, pornografia e tortura.* - 7. *Riservatezza e privacy.*

1. Dell'agire virtuoso.

La virtù, l'essere virtuoso, è una qualità dell'*agire umano* che pretende di ispirarsi a principi etici indiscutibili, cui non si chiede di venire dimostrati ma di costituire oggetto di fede. L'*agire umano* - virtuoso o meno, consapevole o meno - si è sempre rivolto a un contesto chiamato 'ambiente' (*Umgebung, environment*), umano e naturale, ma comunque ad esso 'esterno', in grado di interagire con l'uomo in nome di un presupposto in gran parte convenzionale chiamato 'realtà', rigidamente contrapposto alla dimensione dell'immaginario e del fantastico. È proprio nel rapporto con questa realtà convenzionale a lui esterna che l'uomo ha dato il meglio, ma anche il peggio di sé.

Quello denominato 'realtà' era ritenuto il luogo comune cui ricondurre ogni forma propriamente umana di agire, reagire, percepire, comunicare. La realtà 'esterna' era il forum, lo scenario, il contenitore dato per certo, in cui propriamente 'avveniva' (*ad-venio*) questo inter-agire e lo stesso prendere forma della persona umana come essere sociale, sia che accettasse questa relazione sia che la rinnegasse, astraendosi. Nel venire 'disegnata' dall'uomo, la realtà a sua volta lo 'disegna'.

Questo è accaduto da secoli e millenni.

Oggi, però, è il 'virtuale', non più mero *immaginario* (come teoricamente contrapposto a 'reale', il suo versante negativo), a mettere alla prova l'agire umano e il suo potersi definire 'virtuoso', cioè moralmente accettabile in base a comuni standard etici: proprio su questo presupposto tutelabile dalla legge.

Quello spazio comune dato per certo e costituito dalla 'realtà' è chiamato oggi a mostrare la propria resistibilità al virtuale, in un certo senso la propria attualità o 'non obsolescenza'. A provare, si direbbe, la propria capacità di resistenza (vietato ormai parlare di resilienza), di fronte a un virtuale che aspira, a quanto pare con successo, a divenire parte integrante e altamente competitiva della nostra nuova realtà.

Quella realtà - o ciò che si intende per tale - è messa in crisi e sempre più 'contaminata' dal virtuale, addirittura suggerendo il dubbio se non sia essa stessa ormai un super-virtuale portato ai limiti estremi della capacità umana di percepire eventi e rispondere a impulsi, facendosi illudere (*illudere*, farsi beffe: in questo caso di se stessi).

Prende così forma quello che Milgram ha etichettato come il *continuum* tra reale e virtuale. Un *continuum* che dobbiamo tuttavia immaginare come conflitto sempre in atto, alla (questa sì) continua ricerca di un nuovo instabile equilibrio.

In apparenza, niente di davvero nuovo.

2. Effetti del 'continuum' tra reale e virtuale.

La tecnologia non farebbe che portare alla luce e 'banalizzere' - anche in termini commerciali e consumistici - una situazione che è sempre esistita: quel '*continuum*' tra reale e virtuale-immaginario, che pensavamo - però - di saper tenere nettamente

distinti, convinti che il loro commercio fosse riserva esclusiva della letteratura, dell'arte, della musica: dell'*illusione*, appunto, se non addirittura del gioco.

Oggi tuttavia, grazie alla tecnologia, alle ICT (acronimo di *Information and Communication Technologies*), noi stessi - addirittura col nostro corpo e non solo con l'immaginazione - siamo in grado di varcare quella soglia, di essere attivi e reattivi anche in quell'universo che pensavamo relegato nel sogno, nel desiderio, dominato dai terrori più oscuri e riposti, nella fantasia. Il sogno, il desiderio, i terrori, la fantasia hanno per così dire emulato, non più semplicemente simulato, la realtà, mettendone in crisi l'idea che da tempo memorabile ne nutrivamo, acquistandovi un inedito, inquietante diritto di cittadinanza.

Proprio in quell'universo siamo ora in grado di intervenire, creare, distruggere, fare del male o del bene, in una nuova prospettiva della virtù, dell'essere 'virtuosi' essendo virtuali, che non postula più un esterno-da-noi, ma un nuovo sconosciuto universo 'dentro' di noi, che ci chiama ad agire e reagire, che ci vede - anche - esposti alle più spericolate manipolazioni. Un universo non creato né dominato da noi (ma che sembra comunque dominare anche il suo creatore, chiunque esso sia), nel quale o dal quale più che agire veniamo agiti, addentrandoci, corpo e mente, nel mondo inesplorato dell'irrealtà o iper-realtà (l'*infosfera globale*, come qualcuno l'ha chiamata).

Il territorio del virtuale è dunque una 'terra incognita', le cui mappe sono appena delineate, come certe prime rappresentazioni del continente africano, frutto in parte di esplorazioni, in parte di immaginazione, in parte anche di ancestrali paure. L'esplorazione del virtuale è in questo senso ai suoi primi passi nell'ignoto. Quella porta spalancata sull'universo si rivela affacciata sulla parte più sconosciuta di noi stessi, come già aveva presagito Joseph Conrad nel suo '*Cuore di Tenebra*'.

3. Ruolo del diritto.

Quali prospettive, quali problemi pone al diritto questa 'nuova' dimensione della realtà, in se stessa e nei suoi rapporti con la 'vecchia' e familiare realtà, con la 'vecchia' virtù? Esiste una dimensione giuridica del virtuale con la quale addentrarci in questa 'terra incognita', allo stesso modo in cui i pionieri si inoltravano nell'Ovest armati solo di un buon fucile, di una bibbia e dei '*Commentari*' di Blackstone? E che uso può farsi del 'vecchio' diritto, quello, appunto, basato sulla contrapposizione tra teoria e realtà, sulla quale ultima la prima si proponeva di intervenire in termini normativi e giurisprudenziali? Ci si deve chiedere, di fronte a un rivolgimento di questa portata, non solo che può fare il diritto per 'regolarlo', ma anche in quale misura il diritto deve trasformare se stesso per assolvere a questo nuovo compito. Deve farsi anch'esso 'virtuale'? Deve rivedere i propri fondamenti, riesaminare la propria funzione 'antropologica', la propria capacità di plasmare - venendone plasmato - la cultura di una collettività umana?

Risalendo alle origini del termine (coniato nel medioevo dai filosofi scolastici), si può dire che *virtuale* è tutto ciò che *non è* ma potrebbe essere, che '*è*', ma solo '*in potenza*'. Reale sarebbe tutto ciò che si sottrae all'universo del virtuale, inverandosi.

In questo senso i rapporti tra diritto e *virtuale* sono molteplici e risalenti. Si può dire che ogni norma - oltre ad 'essere' e affermarsi valida, cioè resa effettiva nel mondo reale attraverso la sua 'promulgazione' - ha un contenuto specificamente virtuale, che si traduce nella sua 'astrattezza' e nel suo dover es-

sere immaginata - ci si perdoni il bisticcio - come 'dover essere'. Il diritto, in qualche modo magicamente privo di una sua teologia e senza l'ausilio della tecnologia, trasferisce il soggetto e i suoi comportamenti nell'universo virtuale, o nella virtuale universalità della norma, e viceversa, in un *continuum* molto simile a quello individuato da Milgram.

La stessa attività dell'interprete di una norma (astratta), rispetto al fatto che a lui (giudice o avvocato) viene sottoposto, si esplica attraverso la ricerca di un passaggio più o meno segreto, più o meno accessibile, che conduca dal virtuale al reale, sia che se ne voglia derivare l'inesistenza ('inapplicabilità'), sia che se ne invochi la praticabilità ('applicabilità').

Da mihi factum dabo tibi ius, recita il brocardo.

'In fatto e in diritto', si intitolano significativamente le motivazioni delle sentenze giudiziarie. I due estremi sono rappresentati come distinti e intellettualmente inconciliabili: spetta all'interprete cercare un dialogo e un percorso che conduca il fatto alla 'fattispecie' (ma la stessa ambiguità dell'uso di quest'ultimo termine induce a estrema cautela: fattispecie è - nel gergo dei giuristi - a volte il fatto specifico, a volte la figura 'astratta' e generale prevista dalla norma).

Di più: se l'interprete non trova una diretta rispondenza tra fatto e diritto, entra in gioco la straordinaria capacità di quest'ultimo di prestarsi alla finzione (*factio iuris*), all'analogia, al richiamo di 'principi generali', all'idea di una gerarchia delle 'fonti'.

4. Se esista una dimensione giuridica del virtuale.

A questa familiare e pre-tecnologica *dimensione 'virtuale' del diritto* si contrappone oggi l'esigenza di una *dimensione 'giuridica' del virtuale*, un nuovo compito del diritto, costretto a mettersi davanti allo specchio, scoprendosi improvvisamente inadeguato.

Già nel 1994 Milgram, Takamura, Utsumi e Kishino (1) elaborarono la teoria del '*Reality-Virtuality Continuum*', che postula un flusso continuo e scambievolmente di informazioni, comportamenti e sensazioni tra l'ambiente reale e quello virtuale. Quel *continuum* ha in verità più l'aspetto di un conflitto drammatico che di una serie di buone pratiche volte alla mediazione tra i due termini.

MR (*Mixed Reality*) designa oggi un ambiente nel quale oggetti reali e oggetti virtuali, grazie alla tecnologia, possono confrontarsi, contrastarsi, combinarsi e contaminarsi a vicenda in una forma qualsiasi, dando luogo, a seconda del prevalere degli uni o degli altri, o a una *Augmented Reality* o a una *Augmented Virtuality*.

La prospettiva - e la funzione in gran parte inedita del diritto - è quella di provare a 'regolare' e per quanto possibile rendere 'virtuoso' e socialmente accettabile questo traffico continuo, questo ininterrotto contendere e contaminarsi che si svolge tra Reale e Virtuale in termini che la tecnologia rende sempre più sfumati, incerti, densi di prospettive ma anche di incognite e pericoli.

Quali gli effetti di questa inedita MR (Realtà mista, o meticcica) sull'individuo, sulla società cui appartiene, sul complesso fascio di relazioni che si intrattengono tra di loro? Che ne è di valori (relativamente) consolidati, quali quelli di eguaglianza, libertà, libero arbitrio, responsabilità personale, dignità umana? Quale il ruolo della proprietà in un contesto virtuale? Può il diritto farsi garante (relativo) del rispetto di questi valori e, più in generale, dei diritti umani, di fronte all'irresistibile avanzare del virtuale? Che ruolo può giocare - nell'ambiente virtuale - una carta costituzionale? C'è spazio per una forma di virtù (e di diritto) nella virtualità assicurata

dalla IT, o l'idea stessa di virtù rischia di essere messa tra parentesi, sospesa la sua incrollabile 'validità'? Qual è lo status etico-giuridico delle azioni intraprese in un ambiente virtuale: di quelle, in particolare, destinate - nel *continuum* di Milgram - a produrre quello che può essere chiamato approssimativamente un 'effetto reale'? E ancora: esiste - accanto a un 'bene morale artificiale' - un 'male immorale artificiale'? Se ne possono individuare - e controllare attraverso il diritto - le ricadute sul mondo in cui viviamo e che ci ostiniamo a chiamare 'reale', nelle sue molteplici dimensioni politiche, psicologiche, estetiche, economico-sociali: un mondo - si pensi al *web* - la cui esperienza è sempre più condizionata da prodotti tecnologici artificiali?

5. Aspetti giuridici dell'industria del virtuale.

Sono numerose, e fondate, le preoccupazioni di natura etico-giuridica che si pongono alla ormai fiorente industria della VR. Mentre deve riconoscersi, infatti, che la VR esprime un grande potenziale per il miglioramento della condizione umana (sul piano del mutamento sociale e su quello dei trattamenti medico-sanitari), è giusto preoccuparsi dei rischi etico-giuridici che la sua diffusione industriale e commerciale comporta o può comportare.

Un rischio è prima di tutto implicito nella natura stessa di questa nuova tecnologia che comporta una vera e propria *full immersion* dell'utilizzatore in quella che si può ormai definire *iper-realtà*. L'utilizzatore si trova infatti in balia del virtuale, privo dei normali strumenti dei quali, fisicamente e psicologicamente, egli è dotato per affrontare l'esterno da sé. L'uso stesso dei *devices* che introducono alla VR è, in quanto tale, pericoloso per l'incolumità fisica e psichica dell'utilizzatore e di chi gli sta accanto (*Sensory vulnerability*). Chi li utilizza è esposto a incidenti di ogni tipo, procurati a se stesso o a chi gli sta vicino, in una situazione di pressoché totale sottrazione al mondo fisico reale.

Ancora: si discute sull'effetto di isolamento sociale che l'uso dei sistemi di VR rischia di produrre nell'individuo. In linea di massima, loro, gli altri, sono radicalmente esclusi da quell'esperienza 'totale', poiché quell'esclusione è nella natura stessa del mezzo impiegato. A questo rischio si cerca di porre riparo, se non rimedio, attraverso la creazione di 'spazi comuni' virtuali, ma si tratta di una soluzione che non contrasta l'isolamento ma lo moltiplica, trasferendo l'esperienza comunicativa dal mondo reale (reso superfluo) a quello virtuale. La comunicazione nella VR è solo una variante astuta del suo contrario, se non viene implementata da poderose dosi di realtà fisica. Le *VR rooms* di Facebook assomigliano alla sala d'attesa di uno psicanalista, in cui ogni paziente/avatar crede di comunicare con altri pazienti/avatar *attraverso la propria patologia/disturbo*: la patologia stessa diventa allora il medium che rende possibile la comunicazione.

Con buona pace di Mark Zuckerberg.

Una soluzione utile - al limite - per soggetti già condannati all'isolamento nel mondo reale (per età, patologie, condizioni particolari), ma certamente nociva per soggetti particolarmente inclini all'inerzia e alla rassegnazione, se non addirittura affetti da specifiche patologie. (2)

Proviamo a immaginare un mondo interamente autistico, in cui proprio la capacità di comunicare sia la patologia, e l'opposta incapacità la condizione normale: si tratterebbe di un capitolo inedito da aggiungere all'*Erewhon* di Samuel Butler: un mondo 'rovesciato' come nel quasi-palindromo di *nowhere*. Anche quando ci guardiamo allo specchio, del resto, vediamo un noi stesso identico, ma rovesciato.

Certo è che l'interagire faccia a faccia nel mondo reale, da persona a persona, rappresenta un elemento cruciale per il mantenimento di un buono stato di salute mentale. Questo interagire (cui diamo il nome di cultura) sembra messo in pericolo dal dilagare della VR.

Un'ulteriore conseguenza negativa dell'immersione nel mondo VR può consistere nella perdita di sensibilità e reattività al mondo reale. Anche in questo caso, gli aspetti positivi si contrappongono a quelli negativi. La VR viene già utilizzata per aiutare il soggetto a contrastare fobie o patologie quali i disturbi da stress post-traumatico (PTSD), o per addestrarlo ad affrontare situazioni estreme, quali il combattimento sul campo, in cui la ferocia deve avere la meglio sulla paura (*'going berserk'*: diventare delle furie).

È evidente tuttavia, che - al di fuori di una situazione sottoposta a forme adeguate di controllo - l'abuso di VR può condurre soggetti più deboli o predisposti a commettere nella realtà atti di violenza appresi nella pratica dei videogiochi. Ricerche accademiche hanno dimostrato che la pratica di videogiochi violenti può condurre a una diminuzione della sensibilità emotiva e a una minore capacità di avvertire il senso di colpa o la minaccia della sanzione per azioni immorali o illegali.

Opposto e contrario a quello della de-sensibilizzazione e della de-responsabilizzazione, è il pericolo dell'iper-sensibilizzazione, consistente nell'eccesso di fiducia nelle proprie abilità che - implementate nella VR - possono non esserlo o non corrispondervi affatto nel mondo della realtà. Basta pensare al camminare in equilibrio su un cavo teso, alle varie esperienze di *parkour*, alla guida ad alta velocità: tutte pratiche che, trasferite dal piano virtuale a quello reale rischiano di produrre infortuni, morti o disastri tutt'altro che virtuali. Particolarmente esposti a questo rischio sono i bambini, che identificano con esperienze reali - e ripetibili nel mondo reale - quelle del loro *Doppelgaenger* virtuale che gioca con le orche o entra nella gabbia dei leoni.

Si può forse parlare, a questo proposito, di una nuova forma di stupidità-superomismo indotta dalla dipendenza digitale.

6. Le ricadute di natura psicologica e psichiatrica, pornografia e tortura.

Ancora più gravi possono essere le ricadute di natura psicologica e psichiatrica. Esperti e neuro-scienziati parlano, a questo proposito, di 'spersonalizzazione' che conduce il soggetto a identificare con l'*avatar* il proprio corpo fisico, per non parlare dell'esposizione dell'utente a episodi psicotici o altre forme di vulnerabilità psichiatrica. Di questi pericoli i produttori di videogiochi dovrebbero essere avvertiti e soprattutto rendere consapevoli gli utenti. Ma il mercato ha le sue logiche, apparentemente implacabili.

C'è poi la questione della pornografia, della sua industria così florida, che vede nella VR una opportunità imperdibile. Nel 2025, si prevede che l'industria della pornografia coprirà almeno un terzo del settore VR, mentre il sito web *Pornhub* già registra una crescita del 225% rispetto al suo debutto nel 2016.

Un intervento legislativo in materia è, più che opportuno, indispensabile, in un momento in cui - cadute le già esili barriere dell'osceno - la pornografia sembra avviata a diventare una poderosa arma di *distrazione di massa*, in sé poco virtuosa ma soprattutto impiegata per fini tutt'altro che virtuosi.

Anche la spinosa questione della tortura viene toccata dallo sviluppo della VR. Qualcuno ha sottolineato il rischio che la realtà virtuale venga utilizzata dai militari, e non solo, come 'tortura virtuale' capace di infliggere sofferenze inaudite, patite come tali, lasciando intatto il corpo della vittima: alter-

nativa paradossalmente 'etica' alle comuni pratiche di un interrogatorio cosiddetto 'pesante'. Attuale o no, questa prospettiva pone la grave questione del dolore e della sofferenza - fisici o morali -. Inflitti ad altri da utilizzatori della VR, nonchè dei danni e dei traumi che possono derivarne alle vittime 'reali', per non dire degli stessi utilizzatori.

Detto più in generale: in che termini un comportamento virtuale può costituire un crimine nel mondo reale, ed esservi come tale perseguito e punito? Il furto, lo stupro, il genocidio, possono avere carta bianca nel mondo virtuale?

La stessa manipolazione *soft* del consumatore attraverso la VR appare esposta a pericoli senza precedenti. La libertà di scelta del consumatore è stata sempre manipolata con mezzi pubblicitari 'bi-dimensionali' che segnalavano o rendevano comunque percepibile quindi la loro appartenenza al mondo dell'irrealtà. Quei 'mezzi' dovevano sempre fronteggiare la concorrenza di altre forme di sviamento dell'attenzione: un bambino che piange, il telefono che squilla, i vicini che litigano, una lettura avvincente. Con la VR la pubblicità è destinata a invadere, occupandolo, tutto l'ambiente che si offre alla nostra sempre più flebile capacità di attenzione. Praterie si apriranno davanti a cacciatori di profitto, a ogni forma di pubblicità occulta, ingannevole, subliminale. Anche rispetto a questi rischi il diritto dovrebbe mettersi in grado di dire la sua e intervenire.

Uno degli aspetti più affascinanti della VR è costituito dal potersi muovere nel mondo intero, in piena libertà, senza spostarsi da casa, nei panni non del semplice e passivo spettatore ma del protagonista di viaggi esotici o avventurosi, capace di interagire con le situazioni in cui viene immerso, sottratto però ai disagi, agli inconvenienti, ai pericoli che il vero viaggiatore ha sempre comportato.

Niente di male in tutto questo, per chi - mancando dei necessari mezzi economici oppure non in grado di lasciare il proprio ambiente quotidiano - trova in questo modo virtuale di viaggiare una opportunità e una alternativa, economica e sicura: specie in tempi che hanno reso inospitali per il turista molte parti del mondo .

Ma, anche in questo caso, la VR presenta una doppia faccia: accanto a quella dell'allargamento degli orizzonti si pone quella contrastante e contraddittoria del loro restringimento. Resteremo sempre più a casa, accontentandoci di una realtà che è un *Ersatz*, un surrogato dell'esistenza: dei suoi inconvenienti, ma anche delle sue fascinazioni.

Non solo: saremo messi in grado di andare a 'ficcare il naso' in realtà, ambienti, situazioni che legittimamente aspirano alla riservatezza. Droni sofisticati potranno svolazzare intorno alle nostre vite, letteralmente 'rapinandocele' per rivenderle sul mercato inesauribile della VR. Non si andrà più a spasso per le strade centrali della nostra città, per fare 'shopping' ma anche per 'vedere gente' e farsene vedere . Protetti dall'anonimo, si può 'chattare', sfrenarsi in un *gossiping* globale mille volte più efficace della vecchia maldicenza, di cui certe deviazioni alla Tripadvisor sono solo l'anticipazione.

Quali parametri etici - e giuridici - porre a questo scompaginamento della distinzione tra pubblico e privato, tra l'esperire direttamente e il consumare avidamente esperienze altrui?

7. Riservatezza e privacy.

Viene in primo piano la questione della riservatezza, o *privacy*. Non solo intesa nel senso tradizionale che vede la sfera privata insidiata dal desiderio degli altri di spiarla e - magari - interferirvi, ma anche (forse soprattutto) alla luce del fatto che, quanto più ci lasciamo immergere in un mondo virtuale, tanto più è probabile che diamo entusiasticamente in pasto al pubblico parti importanti di noi stessi e della nostra vita, non più così nostra.

Se gli *avatar* rispecchiano la nostra identità, i nostri gesti, le nostre inclinazioni, ne consegue che, lasciando impronte 'analogiche' simili a quelle digitali, le intenzioni e passioni più private potranno essere 'tracciate', ricondotte alla nostra persona e venire di conseguenza lette e sfruttate da 'entità predatorie', per fini non necessariamente virtuosi o corrispondenti alle nostre intenzioni, anche le più imprevedibili e contraddittorie. Diventiamo, in qualche misura, le tracce che lasciamo dietro di noi nel mondo virtuale. Saremo, al pari delle merci, interamente 'tracciabili'.

Ancora una volta, si tratta di stabilire criteri e limiti - giuridici e non solo etici - in base ai quali le finalità 'buone' possano essere separate da quelle che non lo sono o lo sono molto meno.

A questo punto la questione di fondo è: esiste o può essere configurato dal diritto, anche rispetto al mondo virtuale, un soggetto dotato di personalità giuridica, una 'persona', come tale titolare di diritti e onerata di doveri, capace di stare in giudizio (quello che gli inglesi chiamano 'standing') o di esservi adeguatamente rappresentata, di essere imputata, agire o essere citata, di venire configurata - legalmente - come centro di interessi autonomi e propri?

Se il diritto aspira a, o pretende di intervenire nel 'nuovo mondo parallelo' costituito dalla VR, deve porsi esattamente questa domanda. In caso contrario, non potrà che continuare a rivolgersi ai soggetti del mondo 'reale', attribuendo loro obblighi, riconoscendo diritti, prevedendo sanzioni e consentendo azioni giudiziarie nei loro confronti, sostanzialmente ignorando e lasciando a se stessa l'altra realtà, quella virtuale. Quid juris', allora? La domanda deve porsi sia nel senso tradizionale e più ovvio ('quale dev'essere la decisione del caso concreto in base al diritto vigente'), ma anche, ormai, in un senso più radicale: 'che deve esserne del diritto come lo abbiamo conosciuto sino a oggi, quando lo poniamo a confronto con la realtà virtuale'? È in grado il diritto, forte della sua duttilità e capacità di adattamento alle condizioni del 'reale' (un 'reale' di cui il virtuale è destinato sempre più a essere parte), di svolgere i nuovi compiti che gli si pongono di fronte a questa autentica rivoluzione?

Note

(1) Milgram, Takemura, Utsumi, Kishino, *Augmented Reality: A Class of Displays on the Reality-Virtuality Continuum*, 1994, <http://etclab.mie.u-toronto.ca/publication>

(2) Nato in Giappone (il termine significa 'stare in disparte'), il fenomeno degli *hikikomori* si è sviluppato anche in Italia. Si tratta di ragazzi tra i 15 e i 25 anni, per lo più appartenenti a famiglie agiate, che hanno deciso di trascorrere l'intera giornata chiusi in camera, rifiutando ogni rapporto non essenziale col mondo esterno, compresa la scuola, uscendo solo di notte e avendo come sola compagnia internet, facebook, i videogiochi, raramente dei libri. Evitando il mondo reale, gli *hikikomori* si rifugiano in quello virtuale. Questa forma patologica di auto-reclusione può spingersi sino a determinare una completa inettitudine relazionale ed emozionale. Non si tratta, evidentemente, di sostenere che questa drammatica condizione sia determinata dall'invasione della ICT dei suoi strumenti, ma è di tutta evidenza che la disponibilità di un mondo virtuale sotto molti profili 'in concorrenza' con quello reale e tremendamente disturbante, o *unheimlich*, può radicare questo pericoloso atteggiamento di rinuncia nei confronti del mondo esterno, sino a degenerare in vere e proprie patologie.

Affresco della mediazione italiana ed europea.

Carlo Alberto Calcagno

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Origine della composizione bonaria in Italia.* - 2. *Il viaggio della mediazione civile e commerciale.* - 3. *Il cuore della mediazione italiana: il primo incontro di mediazione.* - 4. *Metodologia della mediazione e formazione.* - 5. *Uno sguardo comparato.* - 5.1. *Le modalità di attuazione della Direttiva 52/08 e la posizione dell'Italia.* - 5.2 *Gli ostacoli alla diffusione della mediazione ed i rimedi.* - 5.3 *Chi è il mediatore civile e commerciale europeo e quanti sono?* - 6. *Può la cultura di un paese determinare il successo di una mediazione?* - 7. *Ci sono possibili suggerimenti per la mediazione italiana ed europea?*

1. Origine della composizione bonaria in Italia.

L'Italia ha come la Francia e la Spagna, i Paesi Bassi e la Danimarca un antico retroterra in materia di composizione bonaria dei conflitti.

Teniamo però conto che in tutti questi paesi a cui potremmo aggiungere anche Portogallo, Grecia e la Svizzera solo a tratti abbiamo avuto strumenti extragiudiziali volontari.

La storia ci insegna - tralascio ovviamente le implicazioni psicologiche - che la cosa più importante per un popolo è sempre stata la pace ed ogni strumento per raggiungerla è sempre stato considerato doveroso; la pace era un desiderio degli dei o di Dio (con il monoteismo o ancor prima col matriarcato nel paleolitico) e chi non componeva i propri conflitti offendeva la divinità.

Questo è stato per millenni un tratto comune ad Oriente ed Occidente.

L'importanza del consenso e della volontarietà fa parte storicamente della Grecia omerica e di una cultura minoritaria, anche se molto antica ed importante per la mediazione, che è quella albanese; riposa sostanzialmente su un presupposto, che "tutti gli uomini siano uguali" e da ciò deriva:

1. che nessun uomo abbia il diritto di giudicare un altro,
2. e che nessun uomo abbia il diritto di imporre ad un altro di risolvere il proprio conflitto.

Teniamo però presente che sino al 1848 la conciliazione è stata obbligatoria nella maggior parte dei paesi europei e sudamericani e per certi tipi di conflitto (ad es. quello familiare) c'era addirittura l'arbitrato obbligatorio sin dall'epoca giustiniana. Premesso ciò, le notizie più risalenti sui mezzi di composizione dei conflitti riguardano in Italia forse una divinità, Viriplaca, che era oggetto di culto prima della fondazione di Roma e che poi a Roma verrà inglobata nel culto di Giunone, dea come sappiamo destinata a proteggere l'unione familiare e la prole. Nel caso di Viriplaca però gli antichi pensavano che, attraverso un'apposita cerimonia, la dea potesse "calmare" la violenza dell'uomo a cui veniva imputata la "colpa" del conflitto.

A parte questa divinità si ricorda come primo sistema extragiudiziale in Roma il cosiddetto *ius respondendi*: la causa poteva intentarsi dopo aver dato la dimostrazione di aver rispettato i dettami del *Mos maiorum* i cui principi era custoditi dal Pontefice Massimo: costui doveva *respondere*, ossia accertarsi del fatto che le parti avessero osservato ad es. il rispetto degli altri, la *pietas*, e si fossero comportati secondo lealtà buona fede.

A Roma vi erano addirittura due templi dedicati alla dea Concordia e l'accordo era cosa normale ed utile anche dal punto di vista economico come ricorda la prima delle dodici tavole ove si stabiliva che il Pretore si limitasse a "sanzionare" l'intesa assunta dai contendenti e quindi sostanzialmente lo parificasse ad una sentenza.

Lo stesso Vangelo di Luca (1), databile attorno al 70 dopo Cristo invita i litiganti a trovare un accordo in un momento in cui, tra l'altro, la conciliazione era fuori legge a seguito di un provvedimento imputabile all'imperatore Caligola.

Interessante è notare che molti provvedimenti successivi, sino al XIX secolo, si basano sullo stesso assunto del primo secolo dopo Cristo: "La mediazione non deve impedire il corso dei giudizi".

Ancora nel 2010 l'avvocatura italiana si è schierata in parte contro la composizione extragiudiziale ripetendo i medesimi concetti che per la verità in precedenza aveva fatto propri anche il regime fascista.

Non tutti sanno però che il principio in origine (ad esempio quello esplicitato da Federico II) non interessava tanto la conciliazione preventiva, ma quella in corso di causa per il semplice motivo che un tempo il giudice veniva pagato dalle parti e senza una sentenza non si addiveniva a retribuzione. Dagli Imperatori Onorio e Arcadio la conciliazione riprende il suo corso "legale".

Vi è una figura municipale in particolare che conciliava obbligatoriamente, il Difensore di città, il cui ruolo sta alla base della professione del nostro notaio, dell'attuale sindaco e di diverse altre istituzioni in tutta Europa: i Conservatori della Pace del Regno Unito che diverranno nel 1325 i giudici di pace, Gli Auditori del Castelletto in Francia che a loro volta verranno sostituiti nel 1790 dai giudici di pace post-rivoluzionari ed il Baiulo che operava nel Sud Italia sino all'arrivo negli anni '20 del XIX secolo del Conciliatore del Regno delle due Sicilie.

Trascorso il periodo napoleonico che comunque portò in gran parte dell'Italia la conciliazione obbligatoria e venuta meno la dominazione asburgica che a sua volta nel Lombardo-Veneto sottoponeva quasi tutti giudizi del Pretore alla conciliazione obbligatoria, la storia d'Italia e degli strumenti ADR si è legata ai Savoia che nei loro domini non vedevano praticata la conciliazione.

Nel territorio savoiano prima dell'Unità c'era unicamente il Pretore mandamentale che in teoria avrebbe dovuto tentare la conciliazione, ma lo faceva raramente e così in presenza di un numero molto scarso di componimenti Vittorio Emanuele II preferì adottare la conciliazione napoletana che era volontaria (anche per reazione al dominio napoleonico che non riuscì ad attecchire al Sud) (2).

Sino al 2010 e al in particolare al decreto legislativo del 4 marzo n. 28 che regola primariamente la mediazione in Italia (3), la conciliazione restò dunque facoltativa.

Nonostante ciò dobbiamo registrare che almeno sino alla Seconda guerra mondiale la conciliazione era molto praticata soprattutto ma non soltanto, presso il Conciliatore, il primo dei giudici ordinari.

Gli accordi totali davanti al conciliatore in 71 anni furono 14.341.398 (204.877 all'anno) il 19,20% del contenzioso; i procedimenti abbandonati e transatti, quindi comunque composti bonariamente e rinunciati furono 33.283.766 (528.314 all'anno) il 49,51% di tutto il contenzioso del Conciliatore.

Queste risultati fanno decisamente impallidire i risultati della mediazione italiana attuale, ma anche di quella europea.

Ma i risultati eccellenti non bastarono al legislatore che volle

progressivamente spostare l'asse giurisdizionale verso i Tribunali, le Corti d'Appello e la Cassazione.

A ciò non è però corrisposto un aumento dell'organico dei magistrati che nel 2018 (7.073 togati) erano pari a quelli in ruolo nel 1914.

I Conciliatori sono stati sostituiti dai giudici di pace, ma il numero attuale è un decimo (erano un tempo 8.000 sedi circa), mentre il contenzioso è rimasto superiore al milione di cause. Sono stati eliminate le Preture che gestivano comunemente una buona fetta del contenzioso in sede locale.

La maggior parte del contenzioso civile che nel 2019 è arrivato a 7.023.810 di cause solo in primo grado (tra sopravvenuto e pendente) si suddivide oggi per il 90% tra tribunale e le altre giurisdizioni superiori.

2. Il viaggio della mediazione civile e commerciale.

Già nel 1993 era arrivato in Italia il modello di conciliazione civile e commerciale dell'UNCITRAL (4).

Si trattava di una conciliazione con proposta del conciliatore. La procedura tuttavia non si teneva se il chiamato non aderiva entro 30 giorni.

Le mancate adesioni erano molte e le conciliazioni della Camera di Commercio erano ridotte; si cercò di incrementarle all'interno del cosiddetto processo societario (5) ove nacquero i conciliatori societari che poi nel 2010 sarebbero diventati i mediatori civili e commerciali.

Poi arrivò la Direttiva 52/08, conseguentemente venne varata una legge delega (l'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69) e successivamente il decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28 che sostanzialmente con l'ausilio di tre regolamenti ministeriali regge ancora oggi la materia.

Nel 2009 la giacenza della cognizione ordinaria era in media di 1.576 giorni (6): ossia un procedimento sopravvenuto nell'anno ci metteva più di 4 anni ad essere smaltito.

Così l'Italia varò nel marzo 2010 appunto il decreto 28: fu la quinta ad attuare la Direttiva, ma fu la sedicesima in area UE ad emanare un provvedimento dedicato interamente alla mediazione.

Da noi si è scelto di applicare i principi della Direttiva 52/08 anche alla mediazione interna.

La nostra mediazione non si distingue poi molto dalla conciliazione ONU, nel senso che il mediatore può fare una proposta come il conciliatore.

Sono le conseguenze della mancata accettazione della proposta che differenziano i due sistemi. Mentre la proposta del conciliatore dell'ONU non ha conseguenze pregiudizievoli per le parti che non dovessero accettarla, nel nostro sistema ci sono conseguenze processuali anche pesanti in termini economici qualora la sentenza dovesse coincidere con la proposta stessa.

Inoltre la proposta in Italia può essere effettuata dal mediatore anche se una delle due parti non partecipa e l'altra la richiede. Si provvederà ovviamente a notificare la proposta alla parte che non ha partecipato, ma la mediazione sostanzialmente si svolge *inaudita altera parte*.

Una differenza rilevante dalla conciliazione ONU riguarda poi il fatto che la mediazione si tiene sempre, anche se le parti dovessero rinunciare entrambe all'incumbente: il mediatore è tenuto a formalizzare comunque un verbale di chiusura.

Il nostro modello inizialmente prevedeva una mediazione preventiva obbligatoria per alcune materie ed una mediazione disposta dal giudice con il consenso delle parti.

La nostra è una mediazione incentivata perché per valori inferiori ai 50.000 € non si pagano le tasse di registro e poi, al-

meno sulla carta, è stato previsto un credito di imposta da fare valere nella dichiarazione dei redditi.

Successivamente è intervenuta la Corte Costituzionale che ha eliminato la mediazione obbligatoria preventiva (7): per un anno e mezzo sostanzialmente in Italia non si è mediato. Poi nel 2013 con “decreto del fare” (8) del Governo Renzi si è tornati alla condizione di procedibilità preventiva e si è anche aggiunta la mediazione demandata obbligatoria, non solo nelle materie per cui la mediazione costituiva già in sede preventiva condizione di procedibilità, ma anche per i casi che comunque il giudice ritenesse “mediabili”.

Nel 2014 sulla spinta della *procédure participative* si è introdotta in Italia la negoziazione assistita per uno o più avvocati, anche se il nostro modello ha poco in comune con quello transalpino.

La negoziazione assistita che in pratica ha ripreso dei principi dalla mediazione italiana, è stata senza alcun dubbio un fallimento in Italia e attualmente viene usata quasi esclusivamente nei casi di separazione e divorzio.

Dal 2014 in poi però si è iniziato a parlare in Italia dell'avvocato negoziatore: lo ha fatto prima la Commissione Alpa nel 2017 (9), poi il Tribunale di Vasto (10) ed in seguito la Cassazione (11).

L'avvocato negoziatore - scrive la Cassazione - è “una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate”.

Sino ad oggi la normativa della mediazione e della negoziazione assistita non è cambiata.

Sulla spinta del Covid-19 si è introdotta soltanto una disciplina tesa ad agevolare la mediazione telematica che però non ha cambiato la disciplina sostanziale, si è occupata soltanto di aspetti formali come la firma digitale del verbale di mediazione, creando peraltro un mare di problemi tecnici a mediatori ed avvocati.

All'inizio del 2020 tuttavia il Ministro della Giustizia ed il Presidente del Consiglio hanno presentato un Disegno di legge che, qualora si trasformasse in delega legislativa, potrebbe penalizzare fortemente l'attuale mediazione come condizione di procedibilità; il tutto per favorire alcuni procedimenti speciali nelle controversie bancarie, finanziarie e assicurative e per cercare di rilanciare la negoziazione assistita con l'introduzione anche in Italia dell'avvocato istruttore.

Il nuovo ministro della Giustizia nel 2021 ha presentato una nutrita schiera di emendamenti al disegno di legge (Atto Senato n. 1662) (12), ma al momento la Commissione permanente (Giustizia) in sede referente sta ancora lavorando sul testo.

3. Il cuore della mediazione italiana: Il primo incontro di mediazione.

La normativa del “decreto del fare” prevede un primo incontro di mediazione obbligatorio per tutta una serie di materie (13): diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. Secondo la legge in questi casi è necessario essere assistiti in mediazione da un avvocato.

Secondo il Ministero della Giustizia non ci sarebbe bisogno dell'avvocato nella mediazione volontaria (lo stesso ovviamente vale per le azioni dei consumatori), ma il Consiglio

Nazionale Forense ritiene che sia sempre obbligatoria la presenza del legale (14) e presso gli organismi di mediazione civile e commerciale dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati è comunque sempre necessario nominare un proprio difensore all'atto del deposito della domanda di mediazione.

All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è peraltro tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle agevolazioni fiscali (15) e dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità, a dare le menzionate informazioni per iscritto, ad allegare all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio il documento contenente l'informazione che è sottoscritto dall'assistito.

In questi dieci anni si è discusso molto sulla presenza delle parti in mediazione: i tribunali di merito (tra cui in particolare quelli di Firenze e di Roma) ritengono che la parte debba presenziare al tentativo personalmente e dunque un avvocato non potrebbe rappresentare una parte assente, mentre la Cassazione da ultimo ritiene possibile la rappresentanza attraverso procura sostanziale.

Il problema oggi è anche quello di capire che cosa sia una procura sostanziale.

Sempre per i tribunali di merito la mediazione demandata dovrebbe essere “effettiva” ossia andare oltre il primo incontro, mentre per la Cassazione è sufficiente il primo incontro. In che cosa consiste il primo incontro di mediazione obbligatorio?

Il mediatore spiega alle parti la funzione della mediazione e la sua modalità di svolgimento. Secondo la legge chiede poi alle parti se vogliono iniziare la mediazione. Le parti possono accettare o rifiutare. Se accettano si apre la vera e propria mediazione, se rifiutano il procedimento extragiudiziale si chiude.

Se una parte non partecipa al primo incontro è soggetta a sanzioni pecuniarie. Il giudice può inoltre trarre argomenti di prova dal rifiuto della mediazione.

Nel 2020 il 47,7% dei chiamati non ha aderito alla mediazione. Nel 47,8% dei casi l'aderente è comparso ma la mediazione si è chiusa con un accordo solo nel 28,7% dei casi.

In caso di non superamento del primo incontro o comunque di non accordo il mediatore ha rilasciato un documento in cui attestava il diniego e le parti sono state libere di iniziare il giudizio.

Nel 2030 su 127.889 procedure di mediazione ci sono stati dunque 17.456 accordi.

14.252 sono stati gli invii del giudice in mediazione: questo numero dovrebbe essere incrementato. E anche gli accordi sono stati molto bassi: 1.710.

Il problema più rilevante, secondo il mio giudizio, del modello italiano riguarda il fatto che non tiene conto affatto delle caratteristiche del conflitto.

Spesso le persone che arrivano in mediazioni sono reduci da anni di litigio: non è pensabile che decidano di mediare solo perché un terzo, che spesso non hanno mai visto prima, abbia spiegato loro in che cosa consista la mediazione e come si svolga.

Noi tutti sappiamo bene che l'uomo si muove solo in base ad una strategia e la strategia si crea solo quando viene recuperata la capacità negoziale. Solo a quel punto decide di mediare e di affrontare il problema con le sue risorse.

Lo schema italiano non consente né la riappropriazione delle capacità negoziali, né la formazione di una strategia che deriva da ben precisi passaggi logici.

La domanda: “Ora che sapete che cosa è la mediazione avete

voglia di iniziarne una e di pagare la conseguente indennità di mediazione?” Può essere rivolta solo a patto che il mediatore ottenga diversi feedback positivi in risposta a domande precedenti: “Che cosa succede? Quel che succede è un problema? Il problema è grave? Vi sono soluzioni astrattamente pensabili? Sono praticabili queste soluzioni? Se fossero praticabili sareste disposti a riconsiderare il vostro modo di agire nel conflitto?”.

Tutte queste domande nel modello italiano di primo incontro non ci sono, sono date per scontate o meglio implicano che il soggetto sia già entrato in mediazione. Ma le persone, specie in questo momento, non sono inclini a pagare una somma di denaro per chiudere un conflitto se non sono sicure di avere una strategia “vincente” per i loro interessi.

4. Metodologia della mediazione e formazione.

Dal punto di vista della metodologia i mediatori italiani seguono per lo più l'*Harvard negotiation project*, anche se è presente in Italia sia la mediazione trasformativa che quella umanistica, sia il diritto collaborativo.

L'*Harvard negotiation project* è stato utilizzato con profitto sino al 2012, alla pronuncia della Corte Costituzionale che ha eliminato la condizione di procedibilità: le parti inizialmente entravano subito in mediazione, non vi era un primo incontro, e pagavano spese ed indennità; di conseguenza giocavano tutte le loro carte sulla mediazione e il mediatore era libero di svolgere l'intero modello senza interruzioni; nella maggior parte dei casi il conflitto veniva spento e le parti trovavano un accordo.

Dal 2013 in poi con la cosiddetta “obbligatorietà attenuata” per vedere in pratica il modello le parti devono “iniziare” la mediazione e dunque nella maggior parte dei casi la procedura di primo incontro gratuito si incentra solo su una mera ripetizione delle pretese, il mediatore chiede se le parti vogliono “iniziare” la mediazione e le parti spesso rifiutano non avendo ulteriori elementi a disposizione.

Vanno avanti sostanzialmente quelle mediazioni nelle quali gli avvocati si sono messi d'accordo prima della riunione per conseguire un vantaggio fiscale: ad es. in materia di diritti reali.

Da questo punto di vista quindi il mediatore non ha il tempo né gli strumenti per ottenere “l'autorevolezza” che consente alle parti di fare un atto di fiducia e di concedere dunque una tregua negoziale.

L'unica soluzione che personalmente ho rinvenuto è quella di “stravolgere” il modello statunitense, ossia di svolgere delle sessioni riservate in cui aiuto le parti a creare una strategia che poi seguono nella successiva congiunta. A quel punto i legali sanno che cosa devono fare e c'è il rischio che abbandonino la procedura per chiudere l'accordo altrove; cosa che ovviamente non è ben vista dagli organismi di mediazione che non guadagnano se le parti non “iniziano” la mediazione (questo è un grande limite della mediazione amministrata). La mediazione in Italia è poi strettamente legata al processo: la domanda deve contenere, seppure in modo semplificato, tutti gli elementi che poi verranno specificati nell'atto di citazione. Anche la domanda riconvenzionale è soggetta a mediazione e quindi il chiamato deve già presentarla nell'adesione alla mediazione.

In Italia la mediazione è “amministrata”, nel senso che i mediatori (attualmente in numero di 23.749) per esercitare la mediazione devono essere obbligatoriamente iscritti nell'elenco di un organismo di mediazione (590 sono gli attivi) ed essere inseriti nell'elenco ministeriale dei mediatori.

In ultimo la formazione in Italia va distinta a seconda del fatto che il mediatore sia o meno avvocato.

Gli avvocati hanno un regime particolare (sono “mediatori di diritto”), devono iscriversi nel registro, ma la loro formazione è regolata dal Consiglio Nazionale Forense (16): il corso base è di 15 ore e la formazione continua di 8 ore nel biennio. Il tirocinio dal 2013 comporta la partecipazione ad almeno 2 procedure di mediazione condotte da altri (non limitate però al primo incontro): devono essere esonerati però gli avvocati che hanno già acquisito la qualifica di mediatore secondo il percorso generale.

La formazione dei mediatori civili e commerciali non avvocati è di due tipi: base e continua.

La formazione base ricomprende un corso da 50 ore (teorico-pratico) con esame finale, tenuto da un Ente di formazione autorizzato e registrato nella sezione dedicata agli enti di formazione.

A seguito del superamento dell'esame, il mediatore che voglia esercitare, deve presentare domanda ad uno o più (sino a 5) degli Organismi di mediazione accreditati e registrati (anche gli Ordini degli avvocati e non possono dotarsene); a quel punto è l'Organismo a provvedere a richiedere l'iscrizione al registro ministeriale.

Dall'iscrizione nel registro ministeriale decorre un biennio in cui il mediatore deve partecipare ad un corso di aggiornamento in mediazione di almeno 18 ore.

A partire dal 26 agosto 2011 il mediatore iscritto nel registro deve svolgere anche un tirocinio obbligatorio per almeno 20 mediazioni nel biennio.

5. Uno sguardo comparato.

5.1 Le modalità di attuazione della Direttiva 52/08 e la posizione dell'Italia.

Secondo l'art. 3 lett a) e b) della Direttiva 52/08 la mediazione può essere avviata dalle parti, suggerita od ordinata da un organo giurisdizionale o prescritta dal diritto di uno Stato membro. Essa include la mediazione condotta da un giudice che non sia responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione.

E dunque potremmo avere in Europa ai sensi della Direttiva 52/08:

- una mediazione preventiva facoltativa od obbligatoria,
- una mediazione demandata dal giudice facoltativa od obbligatoria,
- infine è possibile una mediazione del giudice non contenzioso.

In Italia abbiamo detto che esiste la mediazione preventiva facoltativa ed obbligatoria e la mediazione obbligatoria per ordine del giudice.

Le parti non hanno il diritto di chiedere al giudice di mediare, o meglio lo possono fare ma è sempre il giudice che decide se la questione è mediabile oppure no.

Non esiste invece la mediazione del giudice che non sia responsabile di alcun procedimento giudiziario.

Inoltre in Italia la mediazione è promossa soltanto nel campo civile e commerciale, praticamente non tocca il settore penale (se non in ambito minorile), non riguarda la materia amministrativa né quella del lavoro che è espressamente esclusa dall'ambito del decreto 28/10 (in riguardo vi è soltanto la conciliazione facoltativa presso il sindacato o presso le Direzioni del lavoro territoriali).

L'Italia conosce infine la mediazione familiare su invito del giudice (quindi facoltativa) o più raramente per impulso delle parti (spesso dei loro legali).

Che cosa possiamo dire degli altri paesi?

I due paesi più "coraggiosi" sulla mediazione preventiva obbligatoria sono stati la Grecia e la Romania, ma i loro cammini sono stati interrotti, come è accaduto in Italia, dalla Corte Costituzionale.

Solo da poco tempo hanno ripreso il percorso ed il COVID-19 di certo non li ha aiutati.

In Grecia dal 1° gennaio 2020 tutte le controversie superiori a 30 mila euro vanno in primo incontro di mediazione obbligatoria; ciò vale anche per le controversie di famiglia (escluso divorzio e diritti non disponibili) dal marzo 2020 (17).

La presenza delle parti è obbligatoria, pena una sanzione che può andare dai 100 ai 500 euro; inoltre ogni parte deve essere assistita dal suo avvocato (come in Italia).

In Romania si richiede di partecipare ad un preventivo incontro informativo di mediazione in tutta una serie di materie (18): consumo, famiglia, questioni di vicinato, responsabilità professionale, lavoro, controversie comunque inferiori ai 10.000 €.

La procedura d'informazione sui vantaggi della mediazione può essere tenuta dal giudice, dal pubblico ministero, dal consulente legale, dall'avvocato, dal notaio, e deve risultarne attestazione scritta. Questa è una prima differenza rispetto all'Italia ove il primo incontro è di esclusiva pertinenza del mediatore; inoltre, sempre a differenza dell'Italia, in Romania si deve stipulare un vero e proprio contratto per mediare (cosa che si verifica in molti paesi in verità).

In materia di mediazione preventiva obbligatoria ricordo ancora l'Austria: il § 364 comma 3 del codice civile (19) prevede che siano provvisti di tutela tra i vicini le emissioni negative (20). In queste materie prima di adire il giudice, è necessario accedere ad una delle seguenti soluzioni: 1) addivenire ad un accordo pretorile (*prätorischen Vergleiche*) ossia ad una transazione operata sotto il controllo del giudice a lite in corso oppure preventivamente, 2) ricorrere ad un arbitrato o ancora 3) partecipare ad una mediazione (se il vicino lo consente). Infine un cenno va alla Francia ove la mediazione preventiva riguarda le controversie sino a 5.000 € e quelle di vicinato. Chiudono il panorama Cipro, Scozia, Svezia e Spagna per la materia del lavoro: quest'ultima tuttavia ha varato da ultimo un disegno di legge governativo che rende obbligatori i cosiddetti mezzi stragiudiziali "adeguati" alla risoluzione del conflitto.

Vi sono poi alcuni stati che richiedono almeno un primo incontro preventivo obbligatorio di mediazione familiare: Belgio, Croazia, Danimarca, Inghilterra e Galles e Lituania.

Il secondo grande gruppo riguarda la mediazione disposta dal giudice.

Possiamo dire che tutti gli stati, ad eccezione dei Paesi Bassi ed Italia hanno una mediazione facoltativa demandata dal giudice che può essere richiesta dalle parti oppure disposta dal magistrato su richiesta delle parti.

Hanno una mediazione demandata solo facoltativa: Danimarca, Finlandia, Grecia, Portogallo, Romania e Slovacchia. Possiedono una mediazione demandata civile e commerciale solo ordinata dal giudice: Paesi Bassi ed Italia.

Tra quei paesi che hanno una mediazione demandata dal giudice obbligatoria per le parti dobbiamo distinguere:

a) Invio in materia familiare (14): Austria, Belgio, Cipro, Francia, Germania, Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord,

Lituania, Lussemburgo, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Scozia e Svezia.

b) Invio in mediazione civile e commerciale (17): Belgio, Croazia, Cipro, Estonia, Francia, Irlanda, Scozia, Irlanda del Nord, Italia, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi, Scozia, Slovenia, Spagna, Svezia, Ungheria.

c) Invio in mediazione civile e commerciale e familiare (6): Belgio, Cipro, Francia, Scozia, Lituania e Svezia.

L'Italia sperimenta dunque l'invio obbligatorio in materia civile e commerciale, ma non in materia familiare.

Un altro tipo di mediazione giudiziaria che non ci appartiene è quella del giudice. Anche se in Europa non si segue sempre il principio per cui chi media non può giudicare.

Dobbiamo anche qui distinguere tra:

Mediatore solo giudice: Croazia ed Estonia

Mediatore giudice e non giudice (14): Svezia, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra e Galles, Lituania, Repubblica Ceca, Scozia, Slovenia, Ungheria, Spagna e Polonia

L'esempio più significativo è a mio giudizio quello tedesco. Il tribunale tedesco può inviare coloro che sono coinvolti nella disputa per una composizione amichevole davanti a un giudice designato (*Güterichter*) che non è autorizzato a prendere decisioni. Il giudice può utilizzare tutti i metodi di risoluzione dei conflitti, compresa la mediazione (21).

La misura è prevista dal Codice di procedura civile, dal Codice del lavoro, dalla Legge sulle procedure in materia di giurisdizione familiare e volontaria, dal Codice di procedura amministrativa, dal Codice previdenziale e dalle leggi sui marchi e brevetti.

Il sistema tedesco richiama il mondo statunitense, con la differenza che negli Stati Uniti è possibile in fase istruttoria anche l'arbitrato non obbligatorio, mentre così non è in Germania.

Nel 2019 in Baviera i giudici hanno tenuto 1.139 riunioni. Nella stragrande maggioranza dei lavori si è tenuta una sola riunione. Il tempo medio richiesto per procedura è stato di poco inferiore a 6 ore. Il 62,7% delle controversie è stato oggetto di accordo.

L'Italia ha avuto questo sistema di giustizia elastica fino alla Seconda guerra mondiale e purtroppo lo ha abbandonato.

5.2 Gli ostacoli alla diffusione della mediazione ed i rimedi.

Il Consiglio d'Europa nel 2008 ha consultato alcuni esperti UNCITRAL ed ha potuto verificare che uno dei problemi alla diffusione della mediazione era semplicemente la sua mancata conoscenza.

Ha così richiesto ai singoli paesi una serie di adempimenti per testare la volontà di promuovere l'ADR:

- 1) siti web che forniscono informazioni sui metodi ADR;
- 2) campagne pubblicitarie sui media;
- 3) opuscoli destinati al pubblico;
- 4) sessioni informative specifiche organizzate su richiesta dai tribunali riguardo ai metodi ADR;
- 5) coordinamento della mediazione/dell'ADR presso i tribunali;
- 6) pubblicazione di valutazioni sull'uso dei metodi ADR;
- 7) pubblicazione di statistiche sull'uso dei metodi ADR;
- 8) copertura (totale o parziale) dei costi sostenuti con i metodi ADR mediante il patrocinio a spese dello Stato;
- 9) rimborso totale o parziale delle spese di giustizia (comprese

le imposte di registro qualora si ricorra con successo ai metodi ADR);

10) possibilità di non avvalersi di un avvocato per la procedura ADR;

11) possibilità per il giudice di agire come mediatore; e 12) entrata in vigore dell'esecutività in tribunale di un accordo raggiunto dalle parti.

In base al rispetto di questi parametri è stato fornito un punteggio: in cima alla classifica sta l'Ungheria con 62 punti e segue la Lituania, la Polonia, la Danimarca e la Germania.

L'Italia è solo al 22° posto: peggio di lei nella promozione dell'ADR secondo la UE fanno Finlandia, Slovacchia, Romania, Cipro e Irlanda.

E ciò perché il numero delle mediazioni preventive obbligatorie italiane per la UE non conta, addirittura andrebbe contro la Carta dell'Unione. Nonostante ciò l'Italia ha superato in parte il problema della mancata conoscenza dato che nel 2019 un cittadino su 409 ha potuto sperimentare la mediazione e 1 su 2.909 ha trovato un accordo.

Dopo l'Italia il paese ove la mediazione civile e commerciale è più conosciuta è forse la Svezia; seguono il Portogallo, il Lussemburgo, la Polonia, la Finlandia, la Lituania e la Lettonia.

Ma lo strumento principe che è stato richiesto ai singoli paesi è stato quello di dotarsi di elenchi pubblici di mediatori ed organizzazioni di mediazione.

Tutti i paesi hanno risposto all'appello seppure in tempi diversi: soltanto la Germania non ha sino ad ora messo a disposizione dei suoi cittadini un elenco statale pubblico di mediatori e di organizzazioni di mediazione.

Gli elenchi pubblici possono essere in carico allo Stato (di solito al Ministero della Giustizia), alle Corti ovvero ad Enti la cui funzione è riconosciuta dallo Stato.

In Portogallo, Malta e Romania gli elenchi sono 5.

L'Italia ne ha 4: registro degli organismi, degli enti di formazione, dei mediatori e dei formatori.

La Spagna ne ha 3.

Questi elenchi sono importanti perché spesso l'iscrizione determina lo *status* del mediatore e/o della organizzazione di mediazione. Ma vi sono stati ove l'iscrizione del mediatore non è obbligatoria: così è nel Regno Unito, in Croazia, Lussemburgo ed in Spagna (anche se qui molti mediatori presto si iscriveranno perché l'iscrizione darà loro l'opportunità di fare anche i conciliatori).

In Italia sussiste come abbiamo già rilevato un doppio obbligo: iscrizione nelle liste di un organismo e iscrizione nell'elenco ministeriale.

5.3 Chi è il mediatore civile e commerciale europeo e quanti sono?

Il mediatore è nella maggior parte dei paesi UE un soggetto laureato (22) (viene richiesta talvolta anche l'esperienza lavorativa o il diploma con ulteriori requisiti) iscritto nel registro dei mediatori, spesso certificato dal Ministero della Giustizia o da altre Istituzioni per conto del Ministero (v. ad es. Irlanda, Paesi Bassi, Lettonia), che ha partecipato ad un corso di base in mediazione di un certo numero di ore (e talvolta anche ad uno di specializzazione o addirittura si è laureato in mediazione) e che è assoggettato a formazione continua nell'anno o nel biennio (ovvero nel triennio o nel quinquennio) per un certo numero di ore o di eventi.

L'iscrizione al registro dei mediatori può essere gratuita (Italia, Slovacchia) o a pagamento (Austria, Bulgaria, Ungheria).

Ci sono stati che richiedono la copertura assicurativa per lo svolgimento dell'attività (Austria, Belgio, Danimarca, Italia per gli avvocati iscritti presso gli Organismi COA, Paesi Bassi, Spagna). Più o meno tutti gli stati richiedono che il mediatore abbia la capacità giuridica e d'agire, sia ineccepibile dal punto di vista comportamentale e morale: si richiede un certificato del casellario pulito, l'assenza di sanzioni amministrative ecc. (si ometteranno qui le prescrizioni in merito per ogni singolo paese, proprio perché sono generalizzate: l'unica differenza di rilievo tra gli stati è che alcuni richiedono copia del certificato penale ed in altri basta una autodichiarazione, ad esempio in Italia).

Particolare è la legislazione romena che chiede al mediatore anche l'idoneità dal punto di vista medico.

Anche quella della Lituania è originale perché richiede che il mediatore non sia stato licenziato e non abbia fatto abuso di alcol, di sostanze psicotrope, narcotiche, tossiche o altre di sostanze psicoattive.

La professione del mediatore può essere la più varia, anche se in certi paesi di fatto la predominanza spetta agli avvocati (pensiamo ad esempio a Cipro, all'Italia, alla Grecia, alla Spagna per i mediatori fallimentari).

In genere il mediatore deve rispettare determinati principi deontologici: in alcuni paesi si fa riferimento al Codice Europeo dei mediatori ed in altri a Codici propri redatti dallo Stato o da organizzazioni.

Molti degli stati UE hanno valorizzato il concetto di competenza, varando programmi di formazione per i mediatori. I tempi ed i contenuti della formazione sono i più vari.

Diverse nazioni danno largo spazio al diritto, alla psicologia e alla sociologia.

È sempre presente anche una formazione pratica sullo svolgimento della mediazione che può essere più o meno articolata; alcuni paesi richiedono la supervisione del mediatore da parte di esperti o formatori o altri meccanismi analoghi.

Ci sono nazioni che richiedono tirocini o stage precedenti all'assunzione del titolo o successivi.

Non tutti i paesi hanno stabilito regole in materia di formazione, anche se nella pratica essa viene richiesta ai mediatori (ad es. in Francia, Svezia); in Slovenia e Danimarca è richiesta solo ai mediatori giudiziari.

In alcuni paesi la formazione è differenziata in relazione al fatto che i mediatori siano o meno avvocati (ad es. in Italia e a Cipro).

In Lituania i requisiti sono diversi a seconda che il mediatore aspirante sia un giudice, un non giudice, un avvocato.

Richiedono al mediatore una formazione decisamente impegnativa i seguenti paesi membri UE (15): Lussemburgo, Malta, Austria, Slovacchia, Francia, Portogallo, Finlandia, Belgio, Germania, Lettonia, Spagna, Paesi Bassi, Romania, Grecia e Polonia.

Altri Paesi (12) mantengono un approccio che potremmo definire intermedio: Irlanda, Ungheria, Bulgaria, Danimarca, Irlanda del Nord, Italia, Inghilterra e Galles, Cipro, Croazia, Lituania, Scozia e Slovenia

Vi sono ancora Paesi che allo stato hanno regolamentato la formazione esclusivamente per i mediatori familiari: Francia, Estonia.

In Francia però da ultimo si richiede una formazione per gli avvocati e per coloro che vogliono il iscriversi ai *panel* delle Corti d'Appello (la più attive in questo senso sono la Corte d'Appello di Parigi, Lione, Montpellier e Versailles) (23).

Anche l'Irlanda del Nord non ha un programma di formazione statale, ma i mediatori sono accreditati da varie istituzioni.

Inghilterra e Galles non hanno una formazione regolata a dalla legge, ma si appoggiano al Civil Mediation Council (CMC) (24) che ha accreditato un percorso intermedio.

La Svezia non impone alcun obbligo formativo ai mediatori cec.

La Repubblica Ceca non impone alcun obbligo formativo, ma si deve sostenere un esame di stato.

Le indicazioni pubbliche reperibili sul numero dei mediatori civili e commerciali non possono essere precise per ogni paese, in qualche caso sono solo indicative per una serie di ragioni:

- 1) alcune legislazioni non differenziano l'iscrizione dei mediatori in base alle specializzazioni: chi diventa mediatore lo è a tutto tondo (civile, familiare, penale etc.);
- 2) spesso i mediatori si iscrivono a più sezioni del registro;
- 3) ci sono paesi che hanno solo dei *panel* di corte che possono variare sensibilmente nel tempo;
- 4) spesso lo stesso mediatore può iscriversi a più *panel* di corte (ad esempio in Francia);
- 5) i dati delle Corti non sono aggiornati o mancano (in Francia ad esempio ci sono quelli di 10 su 20 Corti);
- 6) la Germania non possiede registro pubblico (ma solo elenchi di organismi privati) e dunque la stima non può essere che approssimativa;
- 7) non esiste una banca dati europea né per i mediatori, né per le organizzazioni di mediazione;
- 8) ci sono stati che hanno una mediazione individuale ed amministrata (senza obbligo di iscrizione per il mediatore) e non differenziano i mediatori persone fisiche dalle organizzazioni (ad esempio il Regno Unito ove le persone fisiche e quelle giuridiche sono mescolate nel registro e spesso non si riesce a distinguerli);
- 9) alcuni stati iscrivono solo mediatori certificati, ma in altri i certificati e i non certificati coesistono ovvero vengono iscritti i certificati, ma si consente di fare la professione anche a chi non lo è.

Nell'area UE dai dati in possesso risulterebbero nel 2019 comunque censiti 83.213 mediatori su una popolazione di 497.733.503, ovvero un mediatore ogni 5.981 abitanti.

Ma se fossero corrette le stime non ufficiali che accreditano alla Germania circa 70.000 mediatori, il dato attuale sarebbe ben più elevato.

5.4. C'è la possibilità di deflazionare il contenzioso attraverso la mediazione?

Il numero delle mediazioni civili e commerciali attuali gestite nei Paesi UE è invece di complicata se non di impossibile ricostruzione (25) perché gli stati sono reticenti a rilasciare informazioni.

Gli stati che hanno pubblicato dati in merito al 2018 sono solo 10: Italia, Polonia, Svezia, Ungheria, Finlandia, Spagna, Portogallo, Lituania, Lettonia, Lussemburgo.

Soltanto l'Italia ci dà però un quadro completo delle mediazioni giudiziarie ed extragiudiziarie con riferimento a tutti gli anni (compreso 2019 e 2020); gli altri paesi per lo più indicano dati che si riferiscono alla mediazione di Corte.

Per numero delle mediazioni nel primeggia solo l'Italia; altro dato significativo è quello della Slovacchia con 10.841 depositi (ma l'indicazione è del luglio 2016); in terza posizione si pone la Polonia con 8.541 procedure nel 2018.

La Francia primeggia invece per numero di conciliazioni (133.428 nel 2016); il dato inerente alle mediazioni è del 2013 e non può quindi essere preso in considerazione.

Fanalini di coda con dati aggiornati sono la Lituania con 452 procedure, la Lettonia con 385 casi e il Lussemburgo con 146 depositi. In Lettonia la situazione del 2018 è leggermente migliorata

Gli accordi relativi al 2013 (26) non sono noti.

Tra i paesi che hanno fornito dati circa il 2018 vanno evidenziati gli accordi in Italia (20.903), Portogallo (1.345), Spagna (1289) e Polonia (757).

I numeri non appaiono confortanti, anche considerando quelli non aggiornati come costanti nel tempo.

Su questa base la deflazione resta un miraggio.

Si consideri che tramite la mediazione nel 2018 in Russia ci sono stati 84 mila accordi in materia civile, 246 in materia amministrativa.

Gli arbitrati che sono molto importanti ammontano invece a 31 mila.

Nei primi sei mesi del 2019 ci sono stati 40 mila accordi civili, 99 amministrativi e 16 mila arbitrati.

In sostanza in Russia si stipulano il doppio degli accordi europei (27).

Se guardiamo ai dati disponibili sulle mediazioni del 2018, riscontriamo che in diversi paesi ove gli avvocati sono in minor numero rispetto ai mediatori, le mediazioni sono in più alto numero (così in Italia, Slovacchia, Polonia, Ungheria e Finlandia).

E dunque gli operatori del diritto non sembrano particolarmente sensibili.

Ed è un peccato perché una semplice alleanza tra personale giudiziario (giudici + avvocati) potrebbe portare addirittura all'azzeramento del contenzioso pendente in primo grado secondo la semplice realizzazione della ovvia formula: Pendente giudiziario/Giudici + Avvocati = procedure ADR pro capite per l'operatore giudiziario.

In generale possiamo dire che nel 2018 sono rimasti da decidere in Europa 8.421.312 cause civili e commerciali. Gli avvocati erano 895.653 e i giudici 82.373 per un totale di 978.026 operatori giudiziari.

Facendo dunque una semplice divisione basterebbe che ogni operatore giudiziario conferisse in ADR 8,6 pratiche.

Questo dato generale ovviamente non deve ingannare perché la deflazione dipende dal contenzioso e dal numero degli operatori giudiziari in un dato paese.

Secondo i dati del 2018 (28) l'obiettivo sembrerebbe realizzabile in almeno 18 paesi (in 9 lo sarebbe di sicuro): Finlandia (1,07) Olanda (1,62), Lussemburgo (2,76), Ungheria (2,90), Danimarca (3,64), Irlanda (3,64), Austria (4), Germania (4,21), Slovacchia (4,33), Svezia (4,48), Lituania (4,79), Estonia (5,10), Malta (5,66), Grecia (6,73), Spagna (8,41), Repubblica Ceca (9,34), Italia (9,37), Lettonia (10,30) e Slovenia (11,92)

Su Belgio, Bulgaria, Cipro e Portogallo non posso esprimermi perché non conosco il pendente finale dell'anno.

L'obiettivo non sarebbe invece probabilmente raggiungibile per Polonia (16,30), Croazia (18), Romania (18,50) e Francia (23,52).

In questi ultimi paesi il contenzioso è troppo elevato in rapporto ad avvocati e giudici. Quella che deve cambiare è la mentalità dei cittadini e quindi l'unica strada è quella di inserire la composizione bonaria come materia di studio già dalle elementari.

6. Può la cultura di un paese determinare il successo di una mediazione?

Sì, la cultura di un paese può determinare il successo della mediazione.

Il mondo anglo-sassone ad esempio ha un vantaggio rispetto a quello di *civil law*.

Si può perdere il processo se si racconta al giudice una bugia o se non si producono scorrettamente dei documenti.

La mediazione e la negoziazione possono proliferare laddove sia possibile la sincerità.

La nostra cultura di matrice romanistica esalta il valore contrario. Athanasio Kircher nel 1650 scriveva che il diritto civile serve ad alimentare le liti sulle cose del mondo, perché coloro che appartengono alla cultura romanistica hanno il diritto di mentire e recitano sempre, anche in mediazione.

Cultura dell'ADR significa però anche finanziarli.

Finanziare ulteriormente il processo è diventato ormai quasi impossibile: l'Italia dopo la Germania è lo stato che finanzia maggiormente il giudizio con i risultati che sono sotto gli occhi di tutti: oltre 7 milioni di cause all'anno sul ruolo dei giudici italiani che già assorbono per il loro stipendio e quello dei cancellieri quasi 4.000 milioni di Euro. Restano 1.800 milioni per pagare i gratuiti patrocini, bollette e affitto dei tribunali. Ogni cittadino italiano spende per la giustizia 96 € pro capite per un processo che dura per tre gradi di giudizio 2.656 giorni (7 anni e 27 giorni).

Soldi male investiti.

Bisogna che la UE capisca che gli ADR sono il futuro e vanno finanziati; non basta pensare al gratuito patrocinio come fanno già 35 paesi aderenti al Consiglio d'Europa.

Bisogna creare un ceto di mediatori professionali come i "neutri" federali americani.

Negli Stati Uniti molti neutri lavorano per lo Stato (il 43%) per cui il salario medio è quantificabile in \$ 62.270 all'anno e \$ 29,94 l'ora. Un neutro guadagna poco di più della metà di un giudice e quasi il doppio di un'altra professione.

Se nel 2018 i legislatori europei avessero puntato sulla mediazione la situazione sarebbe stata la seguente

Nel 2018 i mediatori erano circa 83.000

La popolazione della UE era di 444.536.821 (senza il Regno Unito).

Gli stati hanno speso per la giustizia 43.156 milioni di euro. La spesa media nella UE pro capite è stata di € 85,63.

Se si fossero richiesti ai cittadini europei (o si fossero distratti dai bilanci stanziati) solo 5 € per la mediazione ogni mediatore avrebbe potuto contare su 26.779 € annui (2.232 € al mese) e finalmente avremmo avuto un ceto professionale di ausiliari della giustizia e una mediazione efficace ed efficiente.

7. Ci sono possibili suggerimenti per la mediazione italiana ed europea?

Circa un anno fa ho dato alle stampe un lavoro sui mezzi alternativi (29) con riferimento ai paesi UE. In conseguenza mi sono chiesto quali suggerimenti dare al mio paese e agli altri tenendo conto delle 360 leggi che regolano il sistema di mediazione in Europa. Ho tirato giù questi 21 punti.

Alcuni comportano uno stravolgimento dell'Ordinamento, altri sono facilmente attuabili.

- 1) Istituzione di corsi di laurea sugli ADR
- 2) Formazione per i giudici in ADR già dal praticantato e del coordinatore della mediazione di corte che manterrà i contatti con i magistrati sull'attività di delega.
- 3) Formazione per gli aspiranti avvocati in ADR già dal praticantato.
- 4) Istituzione di un elenco di mediatori presso i giudici di pace (in Portogallo la cosa funziona bene: 25.000 mediazioni all'anno in regime volontario).

5) Cambiamento della tariffa ministeriale: ferme le spese di mediazione come sono oggi, non terrei conto degli scaglioni di valore, ma introdurrei un compenso orario per il mediatore (da suddividere con l'organismo come si fa già attualmente) che possa tener conto del numero e del reddito dei partecipanti (come avviene ad esempio nei Paesi Bassi).

6) Eliminazione del sistema di obbligatorietà attenuata e ritorno alla mediazione ante pronuncia della Corte costituzionale.

7) Estensione del novero delle materie per cui la mediazione è condizione di procedibilità.

8) Istituzione di un tavolo con avvocati, giudici e mediatori sullo stato della mediazione/arbitrato e su come rendere più appetibili gli accordi e i procedimenti arbitrali.

9) Istituzione di un giudice (come in Germania) che una volta formato possa essere investito della composizione della controversia o di quello che le parti hanno bisogno (anche il giudice di pace potrebbe essere investito delle questioni non di sua competenza limitatamente alla composizione e/o vi potrebbe essere delega al suo panel di mediatori).

10) Introduzione della mediazione nel procedimento/processo amministrativo come chiede l'Europa; in alcuni settori metterei (così è negli Stati Uniti) la mediazione come alternativa al pagamento della sanzione amministrativa (v. il settore delle barriere architettoniche).

11) Farei partire la mediazione penale con un sistema simile a quello francese (specie per i mancati pagamenti degli assegni in caso di divorzio e separazione): ritiro dell'azione penale nel caso di componimento della controversia con pieno soddisfacimento della vittima.

12) Introduzione, come avviene nei paesi dell'Est su esempio statunitense, della mediazione demandata gratuita a carico dello stato per un certo numero di ore (sia per il civile sia per la famiglia).

13) Introduzione in ogni Corte d'Appello della possibilità di scegliere tra mediazione, arbitrato in alternativa al processo.

14) Importazione dell'istituto della neutra valutazione come condizione di procedibilità di alcuni giudizi (ad esempio in materia di appalto).

15) Innalzamento della formazione del mediatore avvocato che lavora presso i COA almeno come per gli omologhi francesi (corsi base di 200 ore).

16) Istituzione del primo incontro obbligatorio in materia di mediazione familiare: sia preventivo che in sede giudiziale.

17) Abolizione dell'aggiornamento dei formatori dopo un certo numero di anni di formazione e la tenuta di un certo numero di corsi (dimostrabile)

18) Supervisione biennale dei mediatori.

19) Corsi di formazione per mediatori tenuti dagli enti di formazione iscritti in registro ma esame statale (una o due volte all'anno) con certificazione che legittima l'iscrizione in elenco.

20) Restituzione di quota parte del contributo unificato (la tassa di giudizio) per chi si accorda a seguito di mediazione disposta dal giudice.

21) Possibilità di mediazione condotta dal giudice in pensione.

Alcuni punti sono condivisi anche dal Ministro della Giustizia: vedremo che legge delega uscirà dai banchi parlamentari.

Note.

(1) "Perché non giudicate da soli ciò che è giusto fare? Quando vai con il tuo avversario davanti al magistrato, lungo la strada cerca di trovare un accordo con lui, per evitare che ti trascini davanti al giudice e il

giudice ti consegna all'esattore dei debiti e costui ti getti in prigione. Io ti dico non uscirai di là finché non avrai pagato l'ultimo spicciolo." (Luca 12, 57-59).

(2) Cfr. Carlo Alberto Calcagno, *Breve storia della risoluzione del conflitto, i sistemi di composizione dall'origine al XXI secolo*, Aracne Editrice, 2014.

(3) D.l. 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. (10G0050).

(4) Con la legge di riforma della Camere di Commercio: LEGGE 29 dicembre 1993, n. 580 Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

(5) Art. 38-40 (oggi abrogati) del D.l. 17 gennaio 2003, n.5. Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366.

(6) <https://reportistica.dgstat.giustizia.it/VisualizzatoreReport.aspx?Report=/Pubblica/Statistiche%20della%20DGSTAT/Materia%20Civile/2.%20Durata%20dei%20Procedimenti%20%28fino%20al%202013%29/1.%20Totale%20nazionale>.

(7) Per eccesso di delega.

(8) Art. 84 legge 9 agosto 2013, n. 98 Conversione, con modificazioni, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69. Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia.

(9) Il progetto della commissione Alpa (proposte normative e note illustrative) si può trovare. <https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/TESTO-FINALE-Commissione-ALPA-Aggiornato.pdf.pdf>.

(10) <https://mediarensenzaconfini.org/2018/05/23/lobbligo-di-assistenza-in-mediazione-e-compatibile-col-diritto-comunitario-il-rifiuto-di-farsi-assistere-in-mediazione-obbligatoria-costituisce-violazione-di-legge-merevole-di-sanzione-anche-in-c/>.

(11) Il 27 marzo del 2019 con la sentenza n. 8473. <https://www.adrin-tesa.it/wp-content/uploads/2019/04/sentenza-cassazione-8473-del-27-marzo-2019.pdf>.

(12) Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/comm/52-664_comm.htm.

(13) Art. 5 1bis Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 187-ter del Codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. A decorrere dall'anno 2018, il Ministro della giustizia riferisce annualmente alle Camere sugli effetti prodotti e sui risultati conseguiti dall'applicazione delle disposizioni del presente comma. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

(14) Non per le questioni di consumo che sono gestite da organismi ADR.

(15) Di cui agli articoli 17 e 20.

Art. 17

(...omissis...)

2. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. 3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

(...omissis...)

5-bis. Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e successive modificazioni. A tale fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

(...omissis...)

Art. 20

Art. 20 Credito d'imposta

1. Alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà. Allo stato il credito di imposta è lettera morta.

(16) Circ. 6-C-2014: Percorso formativo dell'avvocato mediatore. https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/69024/76792014_02_28_testo.pdf/1d8178fd-d021-4ea3-8780-ad1f42d7e8ec.

(17) Νόμος 4640/2019 Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις - Περατέρω αναρμόνηση της Ελληνικής Νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2008/52/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 21ης Μαΐου 2008 και άλλες διατάξεις.

<https://www.lawspot.gr/nomikes-plirofories/nomothesia/nomos-4640-2019>. In vigore dal 15 gennaio 2020 in materia di controversie familiari In vigore dal 15 marzo 2010 nell'ambito di un procedimento ordinario.

(18) Articolo 60 ^ 1 LEGE nr. 192 din 16 mai 2006.

(19) ABGB - Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. http://www.jusline.at/364_ABGB.html.

(20) Lo scarico delle acque, la produzione di fumo, calore, odore, rumore, lo scuotimento e simili, in quanto superino i livelli di normalità stabiliti localmente; lo stesso vale per l'invasione di radici, per i rami sporgenti o per le limitazioni di vedute effettuate attraverso piantagioni.

(21) <https://www.gueterichter-forum.de/>

(22) Quello tedesco però ha bisogno solo di una formazione; non c'è un limite di età né si richiede una istruzione particolare o una professione particolare.

(23) Cfr. Art. 2 c. 3 Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/10/9/JUST1724187D/jo>.

(24) <https://civilmediation.org/about/>

(25) Un aiuto seppur datato (del 16 maggio 2018 ma riguardante le mediazioni del 2016) è costituito dal documento della European Commission for the Efficiency of Justice, *The Impact of Cepej Guidelines on Civil, Family, Penal and Administrative Mediation* (Cepej-Gt-Med(2017)8, *The Impact of Cepej Guidelines on Civil, Family, Penal and Administrative Mediation*.

<https://rm.coe.int/report-on-the-impact-of-cepej-guidelines-on-civil-family-penal-nd-admi/16808c400e>.

V. anche *Study on time and costs of mediation in Eu* - Full Report in English.

<https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/Study-on-Mediation-Directive-Full-Report-in-English.pdf>.

(26) Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU. [http://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2014\)493042](http://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2014)493042)

(27) I russi sono comunque preoccupati e così il 31/10/19 hanno approvato le nuove regole della mediazione giudiziaria (Регламент проведения судебного примирения) che sono frutto di un lungo processo iniziato nel 2018. I mediatori giudiziari sono giudici in pensione che sono nominati dal Plenum della Corte Suprema della Federazione Russa. Non possono avere incarichi statali dopo il pensionamento se vogliono servire come mediatori. La mediazione giudiziaria può avvenire su richiesta delle parti (che non possono scegliere un mediatore giudiziario diverso da un giudice in pensione inserito in uno speciale elenco) o su proposta del Tribunale e col consenso delle parti.

(28) EU Justice Scoreboard^d 2020.

(29) Arbitrato e negoziato in Europa. Le opportunità dell'Avvocato. *Nunca Mas* n. 14 collana diretta da Guendalina Scozzafava, Cendon/Book, Editore Key, 2020.

Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento. Costituzione presso l'Ordine degli Avvocati di Genova.

Patrizia E. Monferrino

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Iscrizione nel Registro.* - 2. *La Legge 27 gennaio 2012 n. 3 ("Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento").* - 3. *L'Organismo di composizione della crisi ("O.C.C.")* - 4. *Compiti, funzioni ed attività dell'O.C.C.* - 5. *La relazione particolareggiata dell'O.C.C.* - 6. *L'O.C.C. come liquidatore* - 7. *Obblighi dell'O.C.C. (art. 10 D.M. 202/2014)* - 8. *Obblighi del Gestore della crisi e dei suoi Ausiliari (art. 11 D.M. 202/2014)* - 9. *Regolamento dell'O.C.C. costituito presso l'Ordine degli Avvocati di Genova.*

Con il Regolamento adottato con D.M. 24 settembre 2014 n. 202 è stato istituito presso il Ministero della Giustizia il Registro degli organismi deputati a gestire i procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore sovraindebitato a norma dell'art. 15, comma 3, L. 27 gennaio 2012 n. 3.

1. Iscrizione nel Registro.

Tra gli Organismi iscritti di diritto nel Registro a norma dell'art. 4, comma 2, del Regolamento vi sono quelli costituiti dagli Ordini professionali degli Avvocati. In attuazione di detta normativa l'Ordine degli Avvocati di Genova ha costituito il proprio Organismo ricevendo in data 11.05.2020 l'autorizzazione ministeriale che ne ha disposto l'iscrizione nella Sezione A) n. d'ordine 271 del Registro con la denominazione "O.C.C. Organismo di Composizione della Crisi da Sovraindebitamento dell'Ordine Avvocati di Genova".

2. La Legge 27 gennaio 2012 n. 3 ("Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento").

In attesa della riforma contenuta nel Codice della crisi di impresa (con D.L. 24 agosto 2021 n. 118 è stata ulteriormente differita la sua entrata in vigore al 16 maggio 2022), i procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio sono disciplinati dalle disposizioni contenute nella L. 3/2012, che ha introdotto nel nostro ordinamento sistemi di prevenzione e rimedi economici a sostegno dei cd. "soggetti non fallibili". L'accesso al piano del consumatore, all'accordo di composizione della crisi e alla liquidazione del patrimonio, richiede l'intervento necessario, in funzione di ausilio e di verifica, di un Organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice con funzioni di O.C.C. tramite un processo giurisdizionale di competenza del Tribunale del luogo di residenza o della sede principale del debitore. Un obiettivo della legge era consentire al debitore non fallibile e "meritevole" di addivenire ad accordi con i creditori al fine di adempiere almeno parzialmente le proprie obbligazioni con la prospettiva (in alcuni casi) di ottenere l'esdebitazione e reimmettersi nel mercato creditizio e della circolazione dei beni ("fresh start"). Presupposto è la situazione di sovraindebitamento in cui versa il debitore, intesa come "la situazione di perdurante

squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente”; ulteriore presupposto di ammissibilità è la “meritevolezza” del debitore, su cui è intervenuta la Legge 18 dicembre 2020 n. 176, che ha eliminato la precisazione che il Giudice deve ritenerla insussistente ogniqualvolta siano state assunte obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero sia stato colposamente determinato il proprio sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle rispettive capacità economiche. Nel testo novellato dell’art. 7 L. 3/2012 infatti è escluso l’accesso al piano del consumatore al debitore che abbia “determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode” (lett. d *ter*) e all’accordo di composizione della crisi se siano stati “commessi atti diretti a frodare le ragioni dei creditori” (lett. d *quater*). Per l’omologa del piano si è così passati dall’assenza di colpa richiesta prima della riforma all’assenza di colpa grave, malafede o frode con evidente restringimento della responsabilità in capo al debitore (Trib. Benevento, 26/01/2021).

Vi è poi un requisito soggettivo speciale di ammissibilità, rappresentato dall’essere il debitore un consumatore, intendendosi per consumatore “il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”. Il debitore consumatore (in assenza di condizioni ostative) può accedere alle tre procedure del piano del consumatore, dell’accordo di composizione della crisi e della liquidazione del patrimonio mentre il debitore non consumatore può ricorrere soltanto all’accordo e alla liquidazione.

3. L’Organismo di composizione della crisi (“O.C.C.”). L’accesso a tali procedure prevede che il debitore si rivolga e sia coadiuvato da un Organismo di composizione della crisi o da un professionista nominato dal Tribunale con funzioni di O.C.C., ai quali è attribuito un ruolo di ausilio sia nei confronti del debitore indirizzandolo verso la tipologia di strumento più opportuno, sia dei creditori e della stessa Autorità Giudiziaria rendendo disponibile ai fini della decisione un quadro informativo completo, rivestendo al contempo una posizione di garanzia e terzietà nell’ambito della procedura di sovraindebitamento. L’O.C.C. è a tal fine titolare di una “posizione qualificata” che gli consente di partecipare ad “ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e all’esecuzione dello stesso” art. 15.5 L. 3/2012.

4. Compiti, funzioni ed attività dell’O.C.C.

4.1. A norma dell’art. 15 L. 3/2012 l’O.C.C. coopera con il debitore nell’elaborazione del piano di ristrutturazione, nella formulazione della proposta ai creditori, verifica la veridicità delle informazioni contenute nella proposta di accordo e nei documenti allegati, attesta la fattibilità del piano ai sensi dell’articolo 9, comma 2, L. 3/2012 e, nell’accordo di composizione, trasmette al Giudice la relazione sui consensi espressi e sulla maggioranza raggiunta ai sensi dell’articolo 12, comma 1, svolge le formalità pubblicitarie ed effettua le comunicazioni disposte dal Giudice nell’ambito del procedimento.

4.2. Per lo svolgimento dei compiti affidati dalla legge, l’O.C.C. dovrà raccogliere tutte le informazioni utili per definire il progetto di risanamento, avvalendosi non solo delle comunicazioni fornite dal debitore ma - essendo espressa-

mente onerato di eseguire accertamenti di propria iniziativa - accedendo ai dati contenuti nell’anagrafe tributaria, nei sistemi di informazioni creditizie, nelle Centrali rischi e nelle altre banche dati pubbliche.

4.3. In applicazione delle disposizioni anticipate dal D.L. 137/2020 conv. in L. 176/2020, l’O.C.C. può anche valutare e verificare i presupposti per accedere al beneficio dell’esdebitazione per il sovraindebitato incapiente. Ovviamente nell’ipotesi del “debitore incapiente” assume rilievo il profilo della meritevolezza. A tale proposito l’O.C.C., nel trasmettere al Giudice la domanda e la documentazione richiesta per legge, dovrà esporre gli elementi idonei a valutarla, sotto il profilo delle cause dell’indebitamento, della diligenza impiegata nell’assumere obbligazioni e delle ragioni che hanno comportato l’incapacità ad adempierle (comma 4).

4.4. Con l’art. 7bis, introdotto dall’art. 4, comma 1, D.L. 137/2020, l’Organismo di composizione della crisi può altresì gestire le cd. “procedure familiari” introdotte con la proposizione di un’unica domanda da parte di prossimi congiunti per ristrutturare le esposizioni passive dei singoli componenti, consentendo la risoluzione complessiva dell’indebitamento della famiglia.

5. La relazione particolareggiata dell’O.C.C..

A corredo del piano del consumatore, della proposta di accordo e del piano di liquidazione, spetta all’O.C.C. redigere una relazione particolareggiata che deve contenere: a) l’indicazione delle cause dell’indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore persona fisica nell’assumere volontariamente le obbligazioni; b) l’esposizione delle ragioni dell’incapacità del debitore persona fisica di adempiere le obbligazioni assunte; c) il resoconto sulla solvibilità del debitore persona fisica negli ultimi cinque anni; d) l’indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori; e) il giudizio sulla completezza ed attendibilità della documentazione depositata a supporto della domanda nonché, per l’accordo di composizione, la valutazione sulla probabile convenienza del piano rispetto all’alternativa liquidatoria, f) la valutazione del comportamento del soggetto finanziatore nel tenere conto del merito creditizio del debitore, g) i costi presumibili della procedura.

6. L’O.C.C. come liquidatore.

L’O.C.C. interviene anche nella fase successiva alla presentazione della proposta, ivi compresa la fase di esecuzione del piano e dell’accordo, potendo - quando il Giudice lo dispone - svolgere le funzioni di liquidatore e di gestore per la liquidazione del patrimonio.

7. Obblighi dell’O.C.C. (art. 10 D.M. 202/2014).

Ciascun Organismo è tenuto a istituire un elenco dei Gestori della crisi e un registro informatico degli affari, con le annotazioni relative al numero d’ordine progressivo, ai dati identificativi del debitore, al Gestore della crisi designato, all’esito del procedimento.

Al momento del conferimento dell’incarico l’Organismo deve comunicare al debitore il grado di complessità dell’opera, fornendogli il preventivo e tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili fino alla conclusione dell’incarico.

Entro il mese di dicembre di ogni anno, gli Organismi sono tenuti a trasmettere al Ministero i dati inerenti il numero e la durata dei procedimenti, il numero dei provvedimenti di diniego di omologazione, di risoluzione, revoca e cessazione degli effetti degli accordi e dei piani omologati, nonché il nu-

mero dei casi di conversione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento in quelli di liquidazione del patrimonio, il numero dei provvedimenti di accoglimento e di rigetto delle istanze di esdebitazione, l'ammontare delle spese di procedura.

Nell'ambito dell'O.C.C. spetta al Referente distribuire equamente gli incarichi tra i Gestori della crisi, tenendo conto in ogni caso della natura e dell'importanza dell'affare e, prima di conferire l'incarico, deve sottoscrivere una dichiarazione dalla quale risulta che l'Organismo non si trova in conflitto d'interessi con la procedura.

8. Obblighi del Gestore della crisi e dei suoi Ausiliari (art. 11 D.M. 202/2014).

Chiunque presti la propria opera o il proprio servizio nell'Organismo è tenuto all'obbligo di riservatezza su quanto appreso in ragione dell'opera o del servizio ed al rispetto di tutti gli obblighi derivanti dal rapporto instaurato con l'Organismo di appartenenza.

Al Gestore della crisi e ai suoi Ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, ad eccezione di quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio. Agli stessi è fatto divieto di percepire, in qualunque forma, compensi o utilità direttamente dal debitore. Al Gestore della crisi è fatto altresì obbligo di:

a) sottoscrivere per ciascun affare per il quale è designato una dichiarazione di indipendenza rispetto al debitore e a coloro che hanno interesse all'operazione di composizione o di liquidazione; in ogni caso, il Gestore della crisi deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 cod. civ. e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo.

Il Gestore della crisi, prima di dare inizio alla gestione dell'affare, sottoscrive la dichiarazione di indipendenza e la rende nota al Tribunale.

L'art. 15 del citato D.M. stabilisce i criteri per la determinazione del compenso, per il quale si tiene conto dell'opera prestata, dei risultati conseguiti, del ricorso all'opera di ausiliari, della sollecitudine con cui sono stati svolti i compiti e le funzioni, della complessità delle questioni trattate, del numero dei creditori e della misura di soddisfazione agli stessi assi-

curata con l'esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore omologato ovvero con la liquidazione.

9. Regolamento dell'O.C.C. costituito presso l'Ordine degli Avvocati di Genova.

In osservanza all'art. 10.5 del D.M. 202/2014, l'Organismo ha adottato un regolamento di autodisciplina costituendo la propria sede presso l'Ordine degli Avvocati di Genova. La rappresentanza legale spetta al Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, mentre organi dell'O.C.C. sono il Consiglio Direttivo, il Referente, il Coordinatore Scientifico e la Segreteria amministrativa.

9.1. Il Regolamento disciplina *sub* art. 4 i compiti dei predetti organi, stabilisce all'art. 6 le norme per la presentazione delle domande di avvio della procedura di sovraindebitamento e con l'art. 7 regola i casi di incompatibilità e decadenza dall'incarico dei Gestori effettuando rinvio al giudizio disciplinare dei Consigli Distrettuali di disciplina che procedono ai sensi dell'art. 50 e ss. della Legge 247/2012 e al Referente per l'applicazione delle sanzioni dell'ammonimento, della sospensione e cancellazione dall'Elenco (art. 4.2 lett. d).

9.2. Il Gestore della crisi designato deve eseguire personalmente la sua prestazione, avvalendosi, in procedure di rilievo che richiedono specifiche competenze tecniche, di un Ausiliario iscritto ad un Albo professionale. Soltanto in casi di particolare importanza e complessità il Gestore della Crisi può operare in forma collegiale con non più di tre componenti nominati dal Referente tra i nominativi inseriti nell'apposito Elenco tenuto presso l'O.C.C. dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

9.3. L'art. 5 indica i requisiti per l'iscrizione nell'Elenco dei Gestori, la cui nomina viene effettuata a cura del Referente secondo criteri di rotazione, che tengano conto degli incarichi già affidati, della complessità ed importanza della situazione di crisi del debitore. Sempre la medesima disposizione enuncia poi gli adempimenti in capo al Gestore nelle varie fasi della sua attività.

9.4. Al Regolamento sono allegate le Norme di comportamento per i Gestori, ispirate essenzialmente al rispetto degli obblighi di professionalità (e relativi adempimenti di formazione/aggiornamento), indipendenza, imparzialità, trasparenza e riservatezza in merito a fatti ed informazioni apprese in relazione ai procedimenti di composizione della crisi o di liquidazione del patrimonio da essi gestiti.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime

TAR Lazio-Roma, sez. II-bis, 28 giugno 2021, n. 7694 - Pres. Stanizzi - Est. Fratamico - Associazione Internazionale "Amici del Monte di Portofino", Onlus Associazione Verdi Ambiente e Società - V.A.S. (Avv. Granara) c. Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (Avv. Marchini) e Regione Liguria (Avv.ti Castagnoli e Bozzini).

AREE PROTETTE - legge istitutiva del Parco Nazionale di Portofino - dilazione regionale - inerzia statale - richiesta di imposizione allo Stato della regolamentazione definitiva - procedimento tuttora in divenire - inammissibilità.

(Art. 1, comma 1116, l. 27 dicembre 2017, n. 205; l. 6 dicembre 1991, n. 394; art. 31, commi 1 e 3, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)

AREE PROTETTE - legge istitutiva del Parco Nazionale di Portofino - dilazione regionale - inerzia statale - richiesta di tutela provvisoria ex lege 394/91 - fondatezza.

(Art. 1, comma 1116, l. 27 dicembre 2017, n. 205; l. 6 dicembre 1991, n. 394; art. 31, commi 1 e 3, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)

È inammissibile il ricorso avverso il silenzio serbato dal Ministero dell'Ambiente in relazione alla richiesta delle Associazioni ambientaliste relativa alla istituzione del Parco Nazionale di Portofino, prevista dall'art. 1, comma 1116, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, nella parte volta ad imporre allo Stato la regolamentazione complessiva e definitiva del Parco Nazionale, riguardando un procedimento tuttora in divenire (1).

È ammissibile e fondato il ricorso avverso il silenzio serbato dal Ministero dell'Ambiente in relazione alla richiesta delle Associazioni ambientaliste relativa alla istituzione del Parco Nazionale di Portofino, prevista dall'art. 1, comma 1116, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, nella parte volta ad imporre allo Stato la definizione delle misure di tutela provvisoria contemplate dall'art. 34, comma 3, della L. 394/91 (id est, la delimitazione dei confini del parco sulla base degli elementi conoscitivi e tecnico-scientifici disponibili e l'istituzione di un Comitato di gestione (2)).

(1-2) Il Parco Nazionale di Portofino tra inerzia regionale e attivazione delle competenze statali.

Il TAR del Lazio, statuendo sul ricorso promosso da alcune associazioni ambientaliste locali e nazionali, ha affermato, con la pronuncia, l'obbligo del Ministero dell'Ambiente (oggi, della Transizione Ecologica) di dare seguito alla legge istitutiva del Parco Nazionale di Portofino, risalente al 2017 (legge di bilancio 2018), subentrante all'attuale Parco Regionale.

L'istituzione del Parco Nazionale è stata, infatti, al centro di un procedimento mai concluso a motivo della mancanza di unanimità degli enti locali del Levante ligure circa l'estensione territoriale della neonata area protetta, dal momento che, nel progetto istitutivo del Parco Nazionale elaborato dall'ISPRA nel corso del 2018, risultano ricompresi anche taluni Comuni al proposito "più refrattari". Le divergenze hanno quindi determinato ritardi nell'interlocuzione tra gli Enti competenti alla

istituzione del Parco Nazionale, ossia il Ministero dell'Ambiente e la Regione Liguria.

A tale inerzia procedimentale trasformatasi in motivo di ricorso, le associazioni ricorrenti hanno soggiunto la circostanza per cui, *medio tempore*, proprio sul presupposto della futura istituzione del Parco Nazionale, la Regione abbia stralciato dall'attuale Parco Regionale alcune delle relative aree contigue (inerenti al territorio del Comune di Santa Margherita Ligure). Le associazioni ricorrenti hanno ritenuto che abbia natura "debole" l'intesa tra Stato e Regione sottesa al procedimento istitutivo del Parco Nazionale, previsto dalla l. 394/91 sulle aree protette (e segnatamente, dall'art. 8, comma. 1, che prevede l'istituzione del Parco Nazionale ad opera dello Stato, sentita la Regione). In questo senso, lo Stato, e, per esso, il Ministero dell'Ambiente, bene avrebbe dovuto procedere al perfezionamento dell'*iter* istitutivo del parco nazionale, una volta trascorso il termine per il parere dell'Ente regionale sul progetto di area protetta nazionale (stabilito in 45 giorni dall'art. 35, comma 7 della l. 394/91 e decorrente nella fattispecie dal novembre 2019, allorquando il Ministero aveva formalmente avviato l'interlocuzione con la Regione Liguria).

D'altro canto, sempre secondo le ricorrenti, sulla base della giurisprudenza rilevante sul punto ("il primo momento del procedimento istitutivo di un parco nazionale, ossia la decisione iniziale che attiva le procedure in vista della creazione dell'area protetta (cui seguono le seguenti fasi: individuazione - prima provvisoria e quindi definitiva - e determinazione dei confini, fissazione delle misure di salvaguardia, creazione degli enti di gestione), rileva essenzialmente della competenza nazionale; competenza che, pur potendo essere organizzata in modo che trovino espressione i punti di vista regionali e locali, non deve essere condizionata dall'assenso o dall'intesa di Regione od enti locali": Cons. Stato, Sez. VI, 26 novembre 2007, n. 6028, in relazione alla sentenza della Corte cost., 18 ottobre 2002, n. 422), il rilievo dato al ritardo interlocutorio nella fattiva definizione del Parco, avrebbe finito per incidere illegittimamente, paralizzandola, sulla competenza esclusiva statale a deliberarne l'istituzione.

Diversamente, il TAR adito ha ritenuto non esclusivamente riferibile al Ministero competente la definizione del procedimento istitutivo del Parco nazionale, considerato oltre tutto l'intervenuto avvio del procedimento istitutivo tra gli Enti interessati. In effetti, a mente della sentenza, se la deliberazione circa l'*an* dell'istituzione del Parco nazionale viene ravvisata esclusivamente in capo allo Stato, la concreta configurazione dell'area protetta (il *quomodo*) dovrebbe essere necessariamente condivisa con l'Ente regionale.

Il giudice amministrativo ha, invece, ravvisato i presupposti per condannare il Ministero alla definizione delle misure di tutela provvisoria contemplate dall'art. 34, comma 3, della l. 394/91 (*id est*, la delimitazione dei confini sulla base degli elementi conoscitivi e tecnico-scientifici disponibili e l'istituzione di un Comitato di gestione del Parco Nazionale) entro 30 giorni dalla sua decisione (quanto al predetto stralcio delle aree contigue del parco regionale, il relativo profilo è stato ritenuto assorbito dalla prossimità temporale della configurazione della nuova area protetta).

Si osserva, per completezza, che la sentenza *de qua* ha carattere "non definitivo", dovendo il TAR ancora pronunciarsi sull'i-

stanza di risarcimento dei danni e sui motivi aggiunti radicati dalle ricorrenti avverso una nota ritenuta interlocutoria opposta dal Ministero dell'Ambiente.

Finalmente, si osserva come l'interesse della pronuncia risieda, oltre che ovviamente nella sua rilevanza ambientale per l'ambito regionale e del Levante ligure (entro cui si configurerebbe un "comprensorio dei parchi nazionali", costituito dal Parco delle Cinque terre e dal neonato Parco di Portofino), anche nella diversa rilevanza giuridica attribuita dal giudice amministrativo alle fasi dell'*an* e del *quomodo* dell'istituzione delle aree protette nazionali. Per diverso aspetto, laddove l'art. 34, comma 3, della l. 394/91 richiede che le misure provvisorie di tutela siano approntate "sulla base degli elementi conoscitivi e tecnico-scientifici disponibili", il riferimento, potremmo dire obbligato dovrebbe essere lo studio ISPRA (di provenienza ministeriale) del 2018, inerente all'estensione territoriale del nuovo parco nazionale. In altre parole, l'inerzia esibita dall'Ente regionale con riguardo alla legge istitutiva del parco nazionale, concretizzatasi anche nell'assenza di studi alternativi a quelli di matrice statale relativamente alla definizione dei caratteri della nuova area protetta, avrebbe finito per attrarre nell'orbita della competenza statale anche gli aspetti concernenti il *quomodo* dell'istituzione del parco nazionale, quanto meno in via cautelativa e provvisoria.

Luca Costanzo

T.A.R. Liguria, sez. I, 1 luglio 2021, n. 624.

EDILIZIA E URBANISTICA - istanza di sanatoria - diniego - conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia - motivazione - inosservanza - annullamento - sussiste.

Il Comune deve motivare perché la posa in opera di mere tramezze interne senza la realizzazione degli impianti di servizio e senza creazione di superficie utile (stante la continuità della destinazione a locale di sgombero) non sia conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia, perché ciò costituisce l'unica possibile motivazione del provvedimento - di natura vincolata - di accertamento o di diniego di sanatoria, non potendo assumere alcuna rilevanza le giustificazioni o i motivi soggettivi del richiedente, ove non illeciti.

T.A.R. Liguria, sez. II, 9 aprile 2021, n. 307 - Pres. Pupillella - Est. Goso - Pubbl. Level S.r.l.s. (Avv. Santullo e Romoli) c. Rai Pubblicità S.p.a (Avv. Sandulli).

PROCESSO AMMINISTRATIVO - RAI Pubblicità S.p.a. - organismo di diritto pubblico - amministrazione aggiudicatrice - giurisdizione del giudice amministrativo - sussistenza.

(Art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50/2016; art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a.)

PROCESSO AMMINISTRATIVO - atto lesivo - mancata tempestiva contestazione - ricorso giurisdizionale amministrativo - irricevibile.

(Art. 120, comma 5, c.p.a.; Consiglio di Stato, Ad. plen., sent. 26 aprile 2018, n. 4)

PROCESSO AMMINISTRATIVO - richiesta di risarcimento del danno - mancato esperimento della tutela cautelare - rigetto.

(Art. 30, comma 3, c.p.a.; Consiglio di Stato, V Sezione, sent. 2 febbraio 2021, n. 962)

Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti di RAI Pubblicità S.p.a, in quanto organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016 (1).

La mancata tempestiva contestazione dell'atto lesivo rende la sua impugnazione davanti al giudice amministrativo irricevibile (2).

Va rigettata la richiesta di risarcimento poiché l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, tra i quali va annoverato il rimedio cautelare, costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini della mitigazione e finanche dell'esclusione del danno (3).

(1-3) Il principio espresso dalla decisione del T.A.R., che costituisce altresì la premessa della sua decisione sia un punto di rito (sussistenza della giurisdizione amministrativa), sia in punto di merito (irricevibilità del ricorso e rigetto della richiesta di risarcimento), è il riconoscimento della natura di organismo di diritto pubblico a RAI Pubblicità S.p.a. (partecipata dalla RAI). Tale qualificazione poggia essenzialmente sul fatto che RAI Pubblicità S.p.a è destinata a «soddisfare esigenze di interesse generale della "Società madre" alla quale garantisce, attraverso la raccolta pubblicitaria una parte essenziale delle risorse necessarie per l'esercizio del servizio pubblico radiotelevisivo non avente carattere esclusivamente commerciale»

P.C.

T.A.R. Liguria, sez. I, 9 luglio 2021, n. 307 - Pres. Vitali - Est. Caruso - X (Avv. Granara e Costanzo) c. A.Li.Sa - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (Avv. Aloj).

PROCESSO AMMINISTRATIVO - procedura concorsuale - impugnazione prima della formazione della graduatoria - figura dei controinteressati - insussistenza.

(Artt. 27 e 41 cpa; T.A.R. Toscana, sez. I, sent. 22 aprile 2013, n. 696)

CONCORSI PUBBLICI - timbro dell'ente e sigla di un commissario sul foglio della prova - mancata previa opposizione - illegittimità - annullamento della prova - obbligo di ripetizione.

(Art. 13, comma 2, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487; art. 12, comma 4, d.p.r. 27 marzo 2001, n. 220; Cass., sez. I, sent. 10 settembre 2013, n. 20687; Cons. Stato, sez. II, sent. 5 ottobre 2020, n. 5820)

A fronte di un provvedimento di esclusione da una procedura concorsuale, impugnato anteriormente alla formazione della graduatoria e della nomina dei vincitori, non è ravvisabile la qualità di controinteressati indiscriminatamente in capo a tutti i concorrenti, non essendo meritevole di tutela il semplice interesse di fatto a confrontarsi con una platea più ristretta di candidati, confliggente con il superiore interesse pubblico alla massima partecipazione al concorso.

L'omissione dell'apposizione del timbro dell'ente e della sigla di un membro della commissione sul foglio risposte in un momento anteriore alla sua distribuzione ai candidati, vizia ab origine le

operazioni concorsuali ed i suoi esiti, che devono pertanto essere annullati, con l'obbligo per l'amministrazione, ferme restando le precedenti fasi della procedura, di ripetere la relativa prova.

P.C.

Corte costituzionale, 31 maggio 2021, n. 115 - Pres. Cossiga - Rel. Barbera - Pres. Cons. Ministri (Avv. Stato Fedeli) c. Regione Liguria (Avv. Masuelli).

PROCESSO COSTITUZIONALE - questione di legittimità costituzionale - motivazione - requisiti minimi di completezza e chiarezza della motivazione - carenza - inammissibilità.

(art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87; Corte cost., sentt. n. 161 e n. 114 del 2017, n. 40 del 2016)

INTERVENTI EDILIZI IN ZONA SISMICA - governo del territorio - protezione civile - materie di potestà legislativa concorrente - t.u. edilizia - valenza di principio fondamentale.

(Art. 117, comma 3, Cost.; art. 94-bis d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 "t.u. edilizia"; Corte cost., sentt. n. 2 del 2021 e n. 264 del 2019)

INTERVENTI EDILIZI IN ZONA SISMICA - procedimento autorizzatorio - autorizzazione sismica - interventi di minore rilevanza o privi di rilevanza - controlli a campione - interventi rilevanti - controllo diretto - legislatore regionale - controllo a campione - preclusione.

(Art. 117, comma 3, Cost; artt. 94 e 94-bis d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 "t.u. edilizia")

REGIONE LIGURIA - conformità al t.u. edilizia - controlli a campione - interventi di minore rilevanza o privi di rilevanza - interventi rilevanti - controllo diretto - non fondatezza.

(Art. 117, comma 3, Cost; art. 94-bis commi 4 e 5 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 "t.u. edilizia"; art. 4, comma 1, lett. b) l.r. Liguria n. 29 del 2019; artt. 6 e 6-bis della l.r. Liguria n. 29 del 1983)

La motivazione a fondamento della richiesta di declaratoria di illegittimità costituzionale oscura ossia priva dei requisiti minimi di chiarezza e completezza dell'argomentazione, richiesti a maggior ragione nei giudizi proposti in via principale al fine di precisare il vulnus lamentato, comporta l'inammissibilità della questione.

Considerato che la disciplina degli interventi edilizi in zona sismica è riferibile agli ambiti materiali di potestà legislativa concorrente "governo del territorio" e "protezione civile" nei quali spetta allo Stato fissare i principi fondamentali, possono essere ricondotte a quest'ultimi le disposizioni dell'art. 94 del t.u. edilizia volte ad introdurre una differenziazione fra tipologie di intervento edilizio in zone sismiche (interventi "rilevanti", "di minore rilevanza" e "privi di rilevanza") a seconda della loro idoneità a costituire pericolo per la pubblica incolumità.

A tale differenziazione corrisponde una distinta disciplina del relativo procedimento autorizzatorio, che comporta il venir meno dell'autorizzazione sismica preventiva per gli interventi "di minore rilevanza" o "privi di rilevanza" - per i quali le Regioni possono istituire controlli anche con modalità a campione - mentre per gli interventi "rilevanti" è obbligatorio il controllo diretto sui progetti al fine del rilascio dell'autorizzazione sismica, restando precluso al legislatore regionale sostituire il controllo diretto con quello a campione.

Dalla lettura combinata dell'art. 4, comma 1, della l.r. Liguria n. 29 del 2019 e degli artt. 6 e 6-bis della l.r. Liguria n. 29 del 1983 emerge come - in conformità al t.u. edilizia - i controlli a campione sono ammissibili esclusivamente per gli interventi "di minore rilevanza" o "privi di rilevanza", mentre è da escludersi che la norma regionale possa essere interpretata nel senso di comprendere - nell'ambito di applicazione dei controlli a campione sui progetti - gli interventi "rilevanti", per i quali la procedura di rilascio dell'autorizzazione sismica implica necessariamente il controllo diretto dell'elaborato progettuale.

O.C.

T.A.R. Liguria, sez. I, 15 luglio 2021, n. 672 - Pres. Morbelli - Est. Felletti - C. ed altri (Avv.ti Villata, Degli Esposti, Belloni e Bertolini), A. ed altri (Avv.ti Villata, Degli Esposti, Belloni e Bertolini); P. e altro (Avv.ti Imarisio, Bernardini e Giani) c. Ministero della cultura e Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per le province di Imperia e Savona (Avvocatura dello Stato) e nei cfr. di Regione Liguria, Comune di Albenga e Gallinaria s.r.l., non costituiti in giudizio.

PROPRIETÀ PRIVATA - vincolo archeologico - prelazione culturale dello Stato - estensione ai terreni e ai fabbricati.

(L. 1° giugno 1939, n. 1089; decreto del Ministero della Pubblica Istruzione del 2 novembre 1968; artt. 45 e ss. d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; artt. 840 e 934 cod. civ.)

PROPRIETÀ PRIVATA - vincolo archeologico - prelazione culturale dello Stato - prelazione parziale - conformità all'interesse pubblico.

(L. 1° giugno 1939, n. 1089; decreto del Ministero della Pubblica Istruzione del 2 novembre 1968; artt. 45 e ss. d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; Cons. St., sez. V, 22 maggio 2012, n. 2944; Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2003, n. 5104)

PROPRIETÀ PRIVATA - vincolo archeologico - prelazione culturale dello Stato - carattere autonomo rispetto al negozio sottostante alla vendita dei beni.

(L. 1° giugno 1939, n. 1089; decreto del Ministero della Pubblica Istruzione del 2 novembre 1968; art. 61, comma 5, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2016, n. 501; Cons. St., sez. VI, 19 marzo 2008, n. 1205)

PROPRIETÀ PRIVATA - vincolo archeologico - prelazione culturale dello Stato - potere di supremazia - imposizione al privato del trasferimento dei beni.

(L. 1° giugno 1939, n. 1089; decreto del Ministero della Pubblica Istruzione del 2 novembre 1968; artt. 60 e 61 ss. d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; Cass. civ., sez. un., 15 aprile 2003, n. 5993; Cass. civ., sez. un., 11 marzo 1996, n. 1950; Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1994, n. 4386; Cass. civ., sez. un., 1° luglio 1992, n. 8079)

PROPRIETÀ PRIVATA - vincolo archeologico - prelazione culturale dello Stato - potere di acquisizione coattiva - provvedimento amministrativo ablatorio di natura reale - prelazione parziale - recesso da parte del privato - inattuabilità.

(L. 1° giugno 1939, n. 1089; decreto del Ministero della Pubblica Istruzione del 2 novembre 1968; art. 61 d.lgs. 22

gennaio 2004, n. 42; Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4667)

PROPRIETÀ PRIVATA - vincolo archeologico - prelazione culturale dello Stato - procedimento amministrativo - obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento del privato - insussistenza.

(L. 1° giugno 1939, n. 1089; decreto del Ministero della Pubblica Istruzione del 2 novembre 1968; artt. 45 e ss. d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 504; Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2012, n. 3209, cit.; Cons. St., sez. V, 22 maggio 2012, n. 2944; Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2011, n. 362; T.A.R. Liguria, sez. II, 10 giugno 2021, n. 532; T.A.R. Toscana, sez. III, 10 dicembre 2019, n. 1689)

Il vincolo archeologico diretto consente per sua natura la prelazione sul fondo alienato e, quindi, non solo sui terreni, ma anche, inevitabilmente, sugli eventuali fabbricati, siano essi antichi o moderni, essendo oltretutto ininfluenti che i materiali oggetto di tutela siano stati portati alla luce o siano ancora interrati.

La possibilità di prelazione parziale non è circoscritta ai beni costituenti una universitas, ma comprende anche tutti i casi in cui l'Amministrazione reputi conforme all'interesse pubblico la rilevazione di una parte della più estesa entità storico-artistica.

La decisione amministrativa discrezionale dello Stato in merito all'esercizio della prelazione parziale non può essere condizionata dalle clausole del contratto di alienazione, operando in modo svincolato dagli effetti negoziali e prescindendo dall'attuazione della causa del negozio.

Nella prelazione culturale, invece, lo Stato esplica un potere di supremazia per il conseguimento dell'interesse pubblico alla conservazione ed al generale godimento di determinati beni, il cui trasferimento viene, pertanto, imposto al privato

Il titolo di acquisto dello Stato (o degli altri enti pubblici territoriali) è rappresentato da un provvedimento amministrativo ablativo di natura reale, espressione di un potere di acquisizione coattiva, che inibisce il recesso da parte del privato ancorché si tratti di prelazione parziale

Il procedimento amministrativo di esercizio della prelazione culturale non è assoggettato all'obbligo della comunicazione di avvio, poiché scaturisce da un atto di iniziativa privata, vale a dire la denuncia di trasferimento al Ministero, finalizzato proprio allo scopo di consentirne l'attivazione.

P.C.

TAR Liguria, sez. I, 22 luglio 2021, n. 696 - Pres. Caruso - Est. Goso - Tennis Club Alassio S.r.l (Avv. Piscitelli) c.

Ministero per i beni e le attività culturali (Avvocatura distrettuale dello Stato), Comune di Alassio (Avv. Contri).

RESPONSABILITÀ da provvedimento illegittimo - danno da ritardo - risarcimento del danno cumulativamente proposto nei confronti di più amministrazioni - dimostrazione della spettanza del bene della vita.

In astratto, non può escludersi la coesistenza della responsabilità da provvedimento illegittimo e da ritardo nell'ambito di una medesima vicenda procedimentale, laddove all'ingiustificato procrastinarsi dell'attività amministrativa sia seguita l'adozione di atti illegittimi (T.A.R. Liguria, sez. I, 1° agosto 2017, n. 688). L'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno, pertanto, non può essere esclusa in ragione del cumulo di causae petendi a base della domanda avente un unico petitum sostanziale.

In base al paradigma normativo di cui all'art. 2055 cod. civ., non vi è ragione, poi, per considerare inammissibile la domanda di risarcimento dei danni cumulativamente proposta nei confronti di più amministrazioni ritenute responsabili di condotte che, sia pure in modo autonomo e temporalmente distinto, avrebbero concorso in maniera casualmente efficiente a cagionare il danno ingiusto.

Il danno ingiusto di cui si chiede il risarcimento è prospettato, secondo la logica tipica degli interessi pretensivi che, per pacifico orientamento giurisprudenziale, implica la dimostrazione della cosiddetta "spettanza del bene della vita" di cui si intende ottenere l'equivalente economico attraverso l'azione giudiziale (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3392).

In questa ottica, la valutazione dei ritardi imputati alle Amministrazioni nonché dei vizi di legittimità che inficiano il provvedimento di imposizione del vincolo e la variante urbanistica assume carattere recessivo rispetto all'assenza della prova in ordine alla spettanza del bene sperato e, pertanto, non è sufficiente di per sé a determinare l'accoglimento della domanda risarcitoria.

Infatti, nel caso de quo l'annullamento giurisdizionale del parere vincolante negativo della Soprintendenza ligure non ha comportato il riconoscimento dell'autorizzazione paesaggistica e, quindi, dei presupposti per la realizzazione dell'intervento edificatorio, ma solo l'obbligo di riesame dell'affare per la formulazione di un nuovo parere emendato dai vizi riscontrati dal giudicante.

Equivale a dire che la sentenza di annullamento non ha vincolato la Soprintendenza a rendere un parere favorevole sull'intervento in progetto, bensì a rideterminarsi in funzione dell'integrazione della motivazione: non essendo stato imposto un esito determinato del procedimento (che sarebbe eventualmente potuto sfociare nell'emanazione di un nuovo parere negativo), è impossibile configurare un danno ingiusto per il mancato ottenimento del bene della vita sperato.

L.B.

Documenti

La sentenza della Corte costituzionale sul Ponte Morandi nella prima riflessione dottrinale.

Francesca Bailo

*Ricercatrice in Diritto Costituzionale
Università degli Studi di Genova*

Sommario: 1. Il crollo del “Ponte Morandi”, gli atti impugnati da ASPI dinanzi al Tar ligure e le questioni di legittimità costituzionale prospettate. – 2. L’ordinanza n. 111 del 2020 e l’ammissibilità dell’intervento dinanzi alla Corte costituzionale dei proprietari e/o usufruttuari sfollati. – 3.1. La decisione della Corte costituzionale: lo “stretto” sindacato sulle c.d. “leggi-provvedimento” e la “patente di legittimità” dell’esclusione di ASPI dalle attività di demolizione e ricostruzione. – 3.2. Segue: La natura “cautelare” (e non già sanzionatoria) dell’esclusione.

1. Il crollo del “Ponte Morandi”, gli atti impugnati da ASPI dinanzi al Tar ligure e le questioni di legittimità costituzionale prospettate.

A seguito del collasso di un pilone, com’è ormai tristemente noto, il 14 agosto del 2018 crollava il c.d. “Ponte Morandi”, viadotto dell’autostrada A10 che si poneva come snodo fondamentale di collegamento della rete autostradale ligure, determinando il decesso di quarantatré persone e sfollando coloro che risiedevano, a vario titolo, negli edifici costruiti sotto la volta del ponte stesso.

Il giorno immediatamente successivo l’esecutivo nazionale proclamava, dunque, per una durata di dodici mesi, lo stato di emergenza per il Comune di Genova, individuando nel Dipartimento della protezione civile la titolarità a emanare ordinanze, acquisita l’intesa con la Regione Liguria, al fine di dare attuazione ai primi interventi, in deroga alle disposizioni vigenti e sia pur nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento.

Il seguente 16 agosto il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) inviava ad Autostrade per l’Italia (ASPI), nella sua qualità di società gestrice del ridotto tratto autostradale in forza di una convenzione risalente al 4 agosto 1997 (e, dipoi, sostituita da una convenzione del 12 ottobre 2007) (1), una lettera in cui si contestava il “gravissimo inadempimento” per gli obblighi di manutenzione e custodia su quest’ultima incumbenti, invitando la stessa, entro un termine di quindici giorni dalla ricezione, a dar conto dell’attività svolta per il progresso, così dando avvio al procedimento amministrativo volto ad accertarne l’eventuale responsabilità nella causazione dell’evento (2).

Lo stesso MIT provvedeva a istituire, con d.m. n. 386 del 14 agosto 2018 (3) una Commissione ispettiva che, già il 14 settembre 2018, consegnava una relazione tecnica ove si identificavano le possibili cause del crollo (4) e, ancora, con il d.m. 29 marzo 2019, n. 119 veniva nominato un Gruppo di lavoro interistituzionale al quale era demandato il compito di fornire un supporto giuridico alla Direzione competente nella fase procedimentale e, in seguito, redigere un motivato parere

sulle possibili implicazioni, sotto il profilo giuridico, delle condotte e/o delle omissioni di ASPI, in specie in relazione al crollo del viadotto ligure (5).

Congelando, tuttavia, il pure paventato procedimento di revoca della citata convenzione, con il d.l. 28 settembre 2018, n. 109 (conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130), si stabiliva, tra l’altro, la nomina di un Commissario straordinario per la ricostruzione – individuato, con d.p.c.m. del 4 ottobre 2018, nel sindaco *pro tempore* di Genova – incaricato di garantire, in via d’urgenza, le attività di demolizione, rimozione, smaltimento e conferimento in discarica dei materiali di risulta del viadotto crollato, nonché la progettazione, l’affidamento e la ricostruzione dell’infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, tenendo la concessionaria ASPI “in quanto responsabile del mantenimento in assoluta sicurezza e funzionalità dell’infrastruttura concessa ovvero in quanto responsabile dell’evento”, a far fronte alle spese di ricostruzione (art. 1, comma 6, del d.l. n. 109/2018). Ciò precisandosi, all’art. 1, comma 7, del citato d.l., che la realizzazione delle ridette attività di ripristino sarebbero dovute essere affidate, ai sensi dell’art. 32 della direttiva 2014/24/UE, ad operatori economici diversi dalla stessa concessionaria (e da società o da soggetti da quest’ultima controllati o, comunque, ad essa collegate (6)), anche al fine di evitare “un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali”. In forza dell’art. 1-bis, comma 5, del d.l. n. 109/2018, si poneva, inoltre, a carico della concessionaria l’obbligo di corrispondere le relative indennità agli operatori economici, ai proprietari e agli usufruttuari degli immobili sgomberati.

Tuttavia, i provvedimenti esecutivi del d.l. n. 109/2018 adottati dal Commissario straordinario, nonché lo stesso d.m. di nomina, venivano nell’immediatezza impugnati dinanzi al Tar Liguria da ASPI, chiedendosene l’annullamento e, conseguentemente, il risarcimento in forma specifica o per equivalente per l’asserita violazione di plurimi precetti costituzionali ed eourunitari. In parziale accoglimento delle doglianze della parte ricorrente, il giudice amministrativo, con cinque distinte ordinanze di rimessione (7), sollevava, quindi, questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 3, 5, 6, 7, 8 e 8-bis, 1-bis, 1-ter, comma 1, e 4-bis del d.l. n. 109/2018 dinanzi alla Corte costituzionale, per l’asserita violazione degli artt. 3, 23, 24, 41, 97, 102, 103 e 111 della Costituzione.

Più nel dettaglio, i giudici *a quibus* lamentavano, *in primis*, la lesione degli artt. 3, 23 e 97 Cost. perché con un decreto legge avente carattere provvedimentale privo di adeguata motivazione e non preceduto da idonea istruttoria si sarebbe “frustato” il diritto di ASPI di ricostruire il ponte e perché sarebbe stato ritenuto “arbitrario, sproporzionato e irragionevole” non avere affidato detto compito al concessionario, senza prima averne accertato la idoneità tecnica. Ci si doleva, inoltre, del fatto che l’art. 1, comma 7, del citato d.l., in presunto contrasto con gli artt. 3, 23, 41 e 97 Cost., avesse precluso ad ASPI (ed alle società ad essa collegate) addirittura la partecipazione alla procedura negoziata senza pubblicazione, essendogli così stata, in definitiva, inflitta una sanzione “irragionevole e sproporzionata”, oltreché “priva di motivazione sull’interesse pubblico sottostante”, e basata su motivazioni “illogiche ed incongrue”.

Le disposizioni censurate avrebbero poi violato gli artt. 24 e 111 Cost. perché, essendo fondate su una indimostrata responsabilità della ridetta società, avrebbero, sempre ad avviso dei rimettenti, “conculcato” il diritto a difendersi in un giusto processo.

Infine, l’obbligo imposto ad ASPI di far fronte ai costi delle opere e dell’acquisizione delle aree espropriate avrebbe leso gli artt. 3, 24, 97, 102, 103 e 111 Cost., nella parte in cui il concessionario sarebbe stato obbligato ad una prestazione correlata alla responsabilità contrattuale o aquiliana, nonostante quest’ultima non fosse stata accertata in giudizio, con invasione della riserva di giurisdizione.

2. L’ordinanza n. 111 del 2020 e l’ammissibilità dell’intervento dinanzi alla Corte costituzionale dei proprietari e/o usufruttuari sfollati.

Prima di entrare *in medias res* e analizzare le motivazioni che hanno condotto la Corte a dichiarare, con la sentenza n. 168 del 2020 (8), l’inammissibilità o la non fondatezza di tutte le questioni prospettate (9), occorre, in via preliminare, segnalare che, già sotto il profilo processuale, detta complessa vicenda merita di essere segnalata per avere, tra le prime (10), occasionato l’impiego dei nuovi artt. 4 e 4-bis delle Norme Integrative (11).

Con l’ordinanza della Corte costituzionale n. 111 del 2020 (12) è stata, infatti, dichiarata l’ammissibilità dell’intervento nel giudizio costituzionale dei proprietari e/o usufruttuari degli immobili che, in virtù delle disposizioni censurate, sarebbero stati, previo indennizzo, ceduti alla parte pubblica o sarebbero stati (per vero in un unico caso) oggetto di esproprio (13), nell’ambito delle procedure di ricostruzione del ponte.

Recependo un consolidato orientamento giurisprudenziale (14), il Giudice delle leggi ha, così, fatto espressa applicazione di quanto codificato all’art. 4, comma 7, delle nuove Norme integrative (15), giudicando che detti intervenienti fossero portatori di un interesse qualificato “inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio” e, dunque, dovessero essere autorizzati a prendere visione e a trarre copia degli atti processuali del giudizio, in quanto l’eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme impugnate avrebbe privato di base legale la quantificazione dell’indennità, ovvero a monte gli stessi atti di cessione o di esproprio.

3.1. La decisione della Corte costituzionale: lo “stretto” sindacato sulle c.d. “leggi-provvedimento” e la “patente di legittimità” dell’esclusione di ASPI dalle attività di demolizione e ricostruzione.

Come già anticipato, è stata poi, tuttavia, dichiarata l’inammissibilità di gran parte delle questioni di legittimità prospettate, vuoi per il rilevato difetto di motivazione, vuoi per il carattere perplesso e ancipite delle questioni medesime (16). E, proprio in tal senso si è, tra l’altro, deciso in ordine alla indubbiata illegittimità della scelta legislativa di imporre ad ASPI i costi degli espropri, determinando il mancato consolidamento della posizione delle parti private il cui intervento era stato ammesso con l’appena citata ordinanza n. 111 del 2020 (17).

Se, dunque, per le appena accennate ragioni di carattere processuale, numerosi sono stati i profili non affrontati dal giudice costituzionale, si è decisa nel merito la questione forse più spinosa, ossia quella della esclusione del concessionario dalle opere di demolizione e ricostruzione del ponte, sia pur in pendenza del rapporto concessorio.

La Corte costituzionale, come condivisibilmente sottolineato da una parte della dottrina, ha a tal proposito evitato affermazioni di principio di carattere generale, rimanendo molto aderente alla fattispecie oggetto del giudizio, “quasi a precludere l’attitudine della sentenza a porsi come precedente” (18). Essa ha però tenuto almeno a rimarcare come il crollo del ponte abbia segnato profondamente la coscienza civile nella comunità, aprendo “una ferita nel rapporto di fiducia che non può mancare tra i consociati e lo stesso apparato pubblico, cui è affidata la cura di beni primari tra i quali, in primo luogo, la salute e l’incolumità”, oltre a causare “gravissimi danni alla rete di trasporto, in un ganglio fondamentale per lo sviluppo economico del paese, per di più di fatto tagliando a metà la città di Genova”.

Operando uno “stretto” scrutinio di costituzionalità sulle norme-provvedimento (19) oggetto di censura, la Corte, facendo peraltro trapelare un certo scetticismo sulla motivazione legislativa (20), ha ritenuto irrilevante verificare “la validità o la congruità delle motivazioni”, ovvero il “corredo lessicale” impiegato dal legislatore, dovendo essa stessa rintracciare “la causa ultima della norma, quale componente razionalmente coordinata nel più vasto insieme dell’ordinamento”.

Per questa via, quindi, ha sottolineato come l’estromissione di ASPI dalle attività di demolizione, ricostruzione e ripristino del viadotto fosse da ricondurre a due passaggi giuridicamente distinti ed entrambi fondati su “ragioni obiettive, congruenti o connesse con quelle esplicitate, sia pure in modo non sempre limpido, nella stessa normativa”.

Il primo passaggio, e cioè la decisione di non attivare la convenzione in essere, era, ad avviso del giudice costituzionale, dipeso sia “dall’urgenza di avviare i lavori per ripristinare tempestivamente un tratto autostradale essenziale per i collegamenti nella regione”, sia per i “dubbi insorti sull’affidabilità del concessionario, alla luce della gravità dell’evento verificatosi e delle risultanze delle prime indagini amministrative”.

Il secondo, e cioè l’esclusione dello stesso concessionario dalla procedura negoziata doveva, sempre ad avviso della Corte, rappresentarne la “naturale conseguenza”, oltre ad essere stata giudicata la scelta “funzionale anche a determinare una maggiore apertura del settore autostradale alla concorrenza da parte di operatori diversi dai concessionari”.

A fronte di tali puntualizzazioni, si è, *a fortiori*, fornita una sorta di “patente di legittimità” alle norme impugnate, con il ritenere che, nonostante la loro natura provvedimentale, nell’un caso non avessero segnato “alcuna devianza dalle regole in tema di concessioni, e connesse convenzioni, che disciplinano analoghe fattispecie”, si da sottolineare come “il pericolo di arbitrio che in esse è insito, nel caso di specie non è nemmeno ipotizzabile” e, nell’altro, che non avessero affatto “lacerato” la trama dell’ordinamento, “inserendovi disposizioni eccentriche rispetto alle regole di diritto comune che presidiano l’aggiudicazione dei lavori pubblici”.

3.2. Segue: La natura “cautelare” (e non già sanzionatoria) dell’esclusione.

Una tale articolata motivazione, sembra, tuttavia, soffrire di una qualche criticità almeno laddove il Giudice delle leggi ha ritenuto che l’estromissione di ASPI dovesse leggersi non già alla stregua di una “sanzione” inflitta a questa in assenza di un accertamento della responsabilità ma, piuttosto, di una “incensurabile volontà del legislatore di non sollecitarne il dovere di adempiere alla ricostruzione, ma di provvedere in via cautelativa per altra via, peraltro in forme così celeri da

non arrecare in sé alcun pregiudizio alla concessionaria” (21). Ciò sottolineandosi, sul piano della proporzionalità, come sia stata individuata “una soluzione senza dubbio acconcia allo scopo, rispetto alla quale non vi era per definizione alcun modo di individuarne un’altra, che comportasse un minor sacrificio per ASPi”, essendo, tra l’altro, quest’ultima stata posta nelle condizioni di replicare alle gravi contestazioni mosse a seguito dell’evento.

Vero è che dette argomentazioni sono state ancorate, da un lato, agli artt. 80 e 166 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (il c.d. Codice dei contratti pubblici), e, dall’altro, ad un ormai consolidato orientamento affermatosi (in particolare in relazione all’art. 80 del citato d.lgs.) nella giurisprudenza civile e amministrativa (22), oltretutto della Corte di giustizia (23).

Tuttavia, più di un qualche dubbio si pone, *in primis*, sul rilievo dell’art. 166 del citato d.lgs. n. 50/2016, dal momento che esso si limita a fissare il più generale principio della libera amministrazione delle autorità pubbliche, sembrando discutibile che, nella fattispecie, all’amministrazione potesse residuare una qualche discrezionalità una volta instaurato un rapporto concessorio. Parimenti, per l’applicazione dell’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 difetterebbe un presupposto fondamentale, parendo lo stesso trovar impiego solo in assenza di un preesistente rapporto concessorio o, comunque, alla cessazione del medesimo.

Per di più, ad avviso di una parte della dottrina, la natura “precauzionale” della misura adottata difetterebbe delle sue essenziali caratteristiche dal momento che l’estromissione sembrerebbe essere stata posta in essere non tanto per prevenire un incerto rischio futuro, quanto per “tutelare la concorrenzialità immediata del mercato” e l’“imposizione patrimoniale diretta” per via legislativa (e non giudiziale) parrebbe pur sempre inverte il fine di anticipare una sanzione successiva (24).

Più che una qualche riserva la si pone, in definitiva, per l’aver la Corte in certa misura legittimato la scelta del legislatore di mantenere ferma la convenzione in essere con la concessionaria, ben potendo probabilmente, sul piano privatistico, eccepirne innanzitutto l’inadempimento *ex art.* 1460 c.c. o chiederne comunque la risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 cc. (25) e, in seguito all’accertamento dello stesso, esigerne la condanna al risarcimento del danno (con l’eventuale compensazione dei crediti da questa vantati) (26).

Note

(1) Per maggiori approfondimenti sui contenuti della citata convenzione, cfr., *amplius*, G. Gaudioso, L. Minervini, M. Esposito, *Profili di responsabilità con riferimento alle concessioni autostradali a seguito del crollo del ponte*, in *Amministrazione in cammino* (www.amministrazioneincammino.it), 16 novembre 2020, 6 ss.

(2) E, in effetti, la concessionaria, con lettera del 31 agosto 2018, sosteneva il proprio puntuale adempimento agli obblighi pattuiti nella convenzione.

(3) Cfr. poi anche i d.m. 27 agosto 2018, n. 387 e 5 settembre 2018, n. 392, con cui si è provveduto ad integrare la citata commissione a seguito delle dimissioni e/o l’interruzione delle prestazioni disposte dallo stesso MIT per alcuni componenti nominati con il d.m. n. 386/2018.

(4) Il testo definitivo della citata relazione è stato pubblicato sul sito del MIT in data 25 settembre 2018 al seguente link: <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/ponte-crollo-ponte-morandi-commissione-ispettiva-genova/ponte-morandi-online-la>.

(5) Detto parere, del 28 giugno 2019, è reperibile sul sito del MIT (<https://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/notizia/2019-07/Parere%20giuristi%20su%20concessione%20Aspi.pdf>).

(6) Detta previsione, inserita in fase di conversione, era peraltro stata fatta oggetto di osservazioni critiche da parte del presidente dell’Anac, sentito in sede di audizione parlamentare dalle Commissioni VIII e IX presso la Camera dei deputati (C. 1209 Governo).

(7) Le cinque ordinanze di rimessione (di cui tre di analogo tenore), tutte del 6 dicembre 2019, sono state iscritte, rispettivamente ai numeri da 51 a 55 del registro ordinanze 2020 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 14, prima serie speciale, dell’anno 2020. V. le massime in questa *Rivista*, 2020, I, 47 ss.

(8) Per un commento alla citata decisione (a cui devono aggiungersi ben tre “comunicati”, a dimostrazione della rilevanza della stessa), cfr. F. Astone, *Leggi-provvedimento e Corte costituzionale, a proposito della ricostruzione del Ponte Morandi*, in *Giur. cost.*, 2020, IV, 1909 ss.; A. Anzon Demmig, *Lo “scrutinio stretto” della legge-provvedimento sulla ricostruzione del Ponte Morandi*, *ivi*, spec. 2215 ss.; G. Comazzetto, *Ponte Morandi e Corte Costituzionale: prime note alla sentenza 168/2020*, in *Diritto e Conti* (www.dirittoconti.it), 12 settembre 2020; L. Saltari, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, 1127 ss.; F. Spanicciati, *La Consulta e l’incerta applicazione del principio di precauzione del diritto emergenziale*, in *Giornale di dir. amm.*, 2021, 1, 67 ss.; G. Marchegiani, *La ricostruzione del ponte Morandi di Genova alla luce del diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 2019/II, 23 gennaio 2019.

(9) Cfr. le massime alla decisione nonché la nota redazionale di P. Costanzo, in questa *Rivista*, 2020, n. 3, 50 ss.

(10) La prima ordinanza, subito dopo l’entrata in vigore delle modifiche alle Norme Integrative, è stata, infatti, Corte cost., ord. n. 37 del 2020. Cfr. poi anche Corte cost., sent. n. 40 del 2020, nonché l’ordinanza dibattimentale allegata alla sent. n. 56 del 2020 con cui, in riferimento al giudizio in via principale, si è chiarito che, malgrado le ridette modifiche, occorre riconfermare che lo stesso “si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l’intervento di soggetti che ne siano privi, fermi restando per costoro, ove ne ricorrano i presupposti, gli altri mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili”.

(11) Si ricordi che l’art. 4 delle Norme Integrative è stato sostituito con l’art. 1 della delibera della Corte costituzionale dell’8 gennaio 2020 e l’art. 4-bis è stato introdotto con l’art. 2 della medesima delibera. Per maggiori approfondimenti, in dottrina, cfr., *ex plurimis*, S. Barbareschi, *La Corte costituzionale si apre all’ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), 2020/II, 373 ss.; G.L. Conti, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2020/I, 77 ss.; P. Costanzo, *Brevi osservazioni sull’Amicus curiae davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.it), *Studi*, 2019/I, 120 ss.; C. Tani, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *LaCostituzione.info* (www.lacostituzione.info), 18 febbraio 2020; M. Luciani, *L’incognita delle nuove norme integrative*, in *Giur. cost.*, 2020, 1013 ss.; A. Pugiotto, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, *ivi*, 1043 ss.; P. Colasante, *L’intervento di terzi nel giudizio incidentale ai sensi delle nuove Norme integrative: una risorsa ancora da valorizzare*, *ivi*, 1250 ss.; A. Sperti, *Alcune riflessioni sull’apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative*, in *Collana di Studi di Consulta OnLine* (www.giurcost.it), *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020/III, 33 ss.; M. Calamo Specchia, *L’integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l’intervento di terzo e l’amicus curiae in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale*, *ivi*, 45 ss.; A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 27 maggio 2020, 406 ss.; M. D’Amico, *Gli amici curiae*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 202/IV, 122 ss. In una prospettiva comparata, cfr. anche T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae. Dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta OnLine*, cit., *Studi*, 2019/I, 123 ss.

(12) Su cui cfr. le osservazioni di P. Colasante, *L'intervento di terzi nel giudizio incidentale ai sensi delle nuove Norme integrative*, cit., 1250 ss.

(13) È, peraltro, curioso sottolineare che nell'ordinanza di rimessione (la n. 55 del 2020) non sono stati riportati in modo esplicito i nomi delle ventisei parti private che avevano richiesto di intervenire dinanzi alla Corte costituzionale, a differenza di quest'ultima che, invece, li ha menzionati espressamente sia nel "ritenuto in fatto", sia nel dispositivo della decisione.

(14) Al proposito, cfr., *ex plurimis*, tra le più recenti, Corte cost., sent. n. 159 del 2019; ord. dib. allegata alla sent. n. 194 del 2018; sentt. nn. 77, 120 (e allegata ord. dib.) e 153 del 2018; sent. n. 275 del 2017; ord. 227 del 2016.

(15) Circa la possibile portata innovativa della citata previsione, specie in relazione all'istituto della c.d. "sospensione impropria", cfr., *amplius*, M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., 1034; P. Colasante, *L'intervento di terzi nel giudizio incidentale*, cit., 1253 ss.

(16) Più nel dettaglio, in tal senso è stato deciso per le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 6, 1-bis e 4-bis del d.l. n. 109 del 2018, prospettate sia in riferimento agli artt. 3, 23, 24, 41, 97, 102, 103 e 111 Cost., nella parte in cui è stabilito in capo ad ASPI l'obbligo di farsi carico delle spese di ricostruzione e di ripristino del sistema viario, e a quelle connesse agli espropri; sia per l'asserita lesione degli artt. 3, 23 e 97 Cost., laddove si sarebbe omesso di definire con sufficiente determinatezza, e con adeguata motivazione, i parametri economici ai quali l'amministrazione avrebbe dovuto attenersi nel quantificare le indennità spettanti ai proprietari di beni espropriati o ceduti, e a loro volta poste a carico di ASPI; sia, ancora, in relazione all'art. 3 Cost., per la parte in cui gli artt. 1-bis e 4-bis del d.l. n. 109 del 2018 avrebbero imposto ad ASPI di far fronte ai costi di acquisizione di aree non strettamente necessarie per la ricostruzione del ponte. Parimenti inammissibili per difetto di motivazione sono state dichiarate le questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 1-ter del d.l. n. 109 del 2018, in riferimento agli artt. 3, 23 e 97 Cost., nella parte in cui prescrive l'obbligo di ASPI di rilasciare al commissario i tronchi autostradali necessari per i lavori.

(17) Sul punto, cfr. anche P. Colasante, *L'intervento di terzi nel giudizio incidentale*, cit., 1253 ss. che, *de iure condendo*, riflette in ordine

all'opportunità di conferire agli intervenienti facoltà processuali maggiormente incisive rispetto a quelle ad oggi contemplate (e per lo più confinate a quelle di natura meramente argomentativa) al fine di non vedere frustrato il proprio legittimo interesse al contraddittorio nel processo costituzionale.

(18) In tal senso, cfr. F. Astone, *Leggi-provvedimento e Corte costituzionale*, cit., 1912.

(19) Sullo "stretto" scrutinio di costituzionalità in ordine alle c.d. norme-provvedimento cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. n. 182 del 2017; n. 64 del 2014; n. 85 del 2013; n. 20 del 2012; n. 270 del 2010; n. 137 del 2009; n. 267 del 2007; n. 429 del 2002; n. 2 del 1997 e n. 492 del 1995. Sul punto, cfr. anche A. Anzon Demmig, *Lo "scrutinio stretto" della legge-provvedimento*, cit., 2221 s., secondo cui nel caso di specie lo "scrutinio stretto" "appare niente altro che la libera ricerca nell'ordinamento da parte della Corte di un interesse che, pur non considerato dal legislatore, ritenga, per sua autonoma scelta, utile per offrire una giustificazione alla legge impugnata".

(20) In tal senso, cfr. F. Astone, *Leggi-provvedimento e Corte costituzionale*, cit., 1913.

(21) Circa la finalità cautelare e non già punitiva della misura e la compatibilità con il principio di non colpevolezza, cfr. già Corte cost., sent. n. 248 del 2019. In senso analogo, cfr. anche Corte cost., sentt. n. 276 del 2016, n. 454 del 2000, n. 206 del 1999, n. 563 del 1989.

(22) Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. V, sent. 22 ottobre 2019, n. 7160; Id., sez. V, sent. 17 settembre 2018, n. 5424; Id., sez. V, sent. 25 febbraio 2015, n. 943.

(23) Al proposito, *ex plurimis*, cfr. Corte di giustizia, sent. 19 giugno 2019, in causa C-41/18, *Meca*; Id., sent. 3 ottobre 2019, in causa C-267/18, *D.A.C. SA*.

(24) In tal senso, cfr. F. Spanicciati, *La Consulta e l'incerta applicazione del principio di precauzione*, cit., 72.

(25) Essendo quantomeno critica la previsione di cui all'art. 9-bis, comma 5, della Convenzione che parrebbe, per l'appunto, precludere una risoluzione per inadempimento.

(26) In tal senso, cfr., *amplius*, F. Astone, *Leggi-provvedimento e Corte costituzionale*, cit., 1916 ss.

Sezione di diritto tributario

Massimario

Commissione Tributaria Provinciale della Spezia, 22 gennaio 2021, n. 21 - Pres. Failla - Rel. Bertoni.

ACCERTAMENTO - "atto impositivo" -art. 29, comma 1, lett. a), seconda parte, d.l. n. 78/2010 - notificazione - modalità - servizio postale ordinario - ammissibilità.

L'art. 29, comma 1, lett. a), seconda parte, d.l. n. 78/2010, attribuisce all'Amministrazione la facoltà di effettuare la notificazione degli atti "in cui siano rideterminati gli importi dovuti in base agli avvisi di accertamento", emanati successivamente a questo, "anche mediante raccomandata con avviso di ricevimento", senza in alcun modo incidere sulle modalità di notificazione degli avvisi di accertamento, vietandone la notificazione diretta a mezzo posta. Ne consegue che è legittima la notificazione degli avvisi di accertamento emessi nei confronti del contribuente, effettuata direttamente dall'Agenzia delle entrate a mezzo missiva raccomandata postale. Ed in tale ipotesi non è richiesta, né può essere pretesa, la redazione della relata di notificazione né altro adempimento che non sia espressamente previsto dalle norme concernenti il servizio postale ordinario.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 2 febbraio 2021, n. 38 - Pres. e Rel. Bracco.

ACCERTAMENTO - debito di imposta - rateizzazione - acquiescenza - esclusione - impugnazione atto - ammissibilità.

L'avvio del piano di rateizzazione, pur costituendo indice del riconoscimento del debito da parte del contribuente, determina l'interruzione della prescrizione, ma non l'acquiescenza alla pretesa impositiva che, in materia tributaria può aversi soltanto quando sia in corso una controversia tra contribuente ed amministrazione finanziaria (fattispecie relativa all'impugnazione di una cartella di pagamento IRAP, con contestazione della debenza dell'imposta precedentemente oggetto di rateizzazione da parte del contribuente).

Commissione Tributaria Provinciale della Spezia, 19 febbraio 2021, n. 31 - Pres. Sorrentino - Rel. Baldini.

ACCERTAMENTO - percentuali di ricarico - impiegate dal contribuente per una data annualità - pretesa impositiva - utilizzabilità delle percentuali anche per altri anni - legittimità.

Le percentuali di ricarico fissate con riferimento ad un determinato anno d'imposta costituiscono validi elementi indiziari utilizzabili per ricostruire i dati corrispondenti relativi ad anni precedenti o successivi poiché, in base all'esperienza, l'entità dei vari ricarichi non è una variabile indipendente di carattere occasionale ma è condizionata da una serie di fattori che costituiscono nel loro insieme le condizioni di mercato. Incombe quindi al contribuente l'onere di dimostrare che, nell'anno accertato, il minor ricarico riscontrato dall'Ufficio è dipeso da fattori che rappresentino una distorsione del mercato in cui opera il contribuente od anche da una modifica della politica commerciale da lui adottata.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 1 marzo 2021, n. 42 - Pres. Landolfi - Rel. Icardi.

ACCERTAMENTO - PVC - attestazioni della G.d.F. - valore probatorio - querela di falso - casistica.

In tema di accertamenti tributari, il PVC assume un valore probatorio diverso a seconda della natura dei fatti da esso attestati, potendosi distinguere al riguardo un triplice livello di attendibilità: a) il verbale è assistito da fede privilegiata, ai sensi dell'art. 2700 c.c., relativamente ai fatti attestati dal pubblico ufficiale come da lui compiuti o avvenuti in sua presenza o che abbia potuto conoscere senza alcun margine di apprezzamento o di percezione sensoriale, nonché quanto alla provenienza del documento dallo stesso pubblico ufficiale ed alle dichiarazioni a lui rese; b) quanto alla veridicità sostanziale delle dichiarazioni a lui rese dalle parti o da terzi - e dunque anche del contenuto di documenti formati dalla stessa parte e/o da terzi- esso fa fede fino a prova contraria, che può essere fornita qualora la specifica indicazione delle fonti di conoscenza consenta al giudice ed alle parti l'eventuale controllo e valutazione del contenuto delle dichiarazioni; c) in mancanza della indicazione specifica dei soggetti le cui dichiarazioni vengono riportate nel verbale, esso costituisce comunque elemento di prova, che il giudice deve in ogni caso valutare, in concorso con gli altri elementi, potendo essere disatteso solo in caso di sua motivata intrinseca inattendibilità o di contrasto con altri elementi acquisiti nel giudizio, attesa la certezza, fino a querela di falso, che quei documenti sono comunque stati esaminati dall'agente verificatore (nella specie, la G.d.F. aveva attestato che la contribuente abitasse in un determinato immobile, contrariamente alle risultanze del certificato anagrafico che collocavano la sua abitazione altrove; la CTP confermava l'attestazione della G.d.F. essendo mancata la presentazione della querela di falso da parte della contribuente).

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 8 marzo 2021, n. 50 - Pres. Gatti - Rel. Vipiana.

ACCERTAMENTO - motivazione - sua sostituzione od integrazione in corso di giudizio - illegittimità.

È illegittimo il comportamento dell'Amministrazione che tenti di sostituire od anche solo integrare, nel corso del giudizio, la motivazione che a suo tempo aveva formulato nell'ambito del provvedimento amministrativo che è stato impugnato dal suo destinatario: infatti, in primo luogo, la motivazione non può essere successiva al provvedimento al quale si riferisce; in secondo luogo, scopo della motivazione dell'atto è quello di esternare le ragioni del provvedimento in modo da rendere comprensibile l'iter logico seguito dall'Autorità e da rendere possibile la difesa delle proprie ragioni al destinatario del provvedimento, perché altrimenti sarebbero vanificati sia il principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione, sia il diritto di difesa dell'interessato e la possibilità stessa del sindacato giurisdizionale (fattispecie relativa ad un accertamento IMU in relazione al quale, soltanto nell'atto di costituzione in giudizio, il Comune aveva esplicitato la motivazione della pretesa impositiva, precisando che in quel caso non sussistevano i requisiti per usufruire dell'agevolazione riguardante l'abitazione principale, in quanto la coniuge del ricorrente risiedeva in un Comune diverso).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 13 gennaio 2021, n. 20 - Pres. Pellegrini - Rel. Parentini.

ACCERTAMENTO CATASTALE - classamento - immobile "signorile" - caratteristiche.

In base alla Nota del Ministero delle Finanze 4/05/1994, n. C-1/1022, le caratteristiche di un immobile A/1 sono solitamente appartenenti a edifici, anche plurifamiliari, ubicati in zone di pregio, caratterizzati da ottima esposizione prevalente, ricco grado di finimento, grande ampiezza media dei vani, completezza d'impianti. In alcuni casi possono far parte di questa categoria anche miniappartamenti ricavati, p.e. dal frazionamento di ville, qualora si trovino in posizioni di particolare pregio o prestigio. Deve quindi considerarsi A/1 un immobile di superficie catastale di mq. 168 (suddivisa in superficie coperta lorda di mq. 160 e superficie scoperta di mq. 31), collocato in un "Super Condominio" (9 edifici) situato in zona verde privata (parco di proprietà condominiale) ed ubicato in una delle zone di indiscusso maggior pregio della città.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 25 gennaio 2021, n. 18 - Pres. - Rel. Stolfi.

ACCERTAMENTO CATASTALE - classamento - valutazione caratteristiche immobile - incuria - irrilevanza.

La negligenza dimostrata dal proprietario che ha ommesso gli opportuni interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria dell'immobile non può giustificare un suo declassamento. In altre parole, l'incuria del proprietario che non provvede all'opportuno mantenimento non può essere presa a pretesto per ottenere un declassamento dell'immobile.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 27 gennaio 2021, n. 35 - Pres. Graziano - Rel. Vinciguerra.

ACCERTAMENTO CATASTALE - classamento - abitazione - carattere "signorile" - DOCFA - valutazione caratteristiche immobile - distribuzione spazi interni - irrilevanza.

La legge non fornisce una definizione specifica delle categorie e delle classi catastali e quindi la classificazione di abitazione come "signorile", "civile", "popolare" è il frutto di un apprezzamento di fatto da riferire a nozioni presenti nell'opinione generale alle quali corrispondono specifici requisiti, potenzialmente mutevoli nel tempo. A tal fine, la "diversa distribuzione degli spazi interni", occasione della pratica DOCFA, è evidentemente un intervento finalizzato ad apportare migliorie e, comunque, nulla può aver tolto alle caratteristiche di signorilità dell'immobile.

Commissione Tributaria Provinciale della Spezia, 19 febbraio 2021, n. 28 - Pres. Failla - Rel. Ranaldi.

ACCERTAMENTO CATASTALE - attività di affitta camere - categoria A/3 - attribuzione - legittimità.

Ai fini dell'assegnazione della categoria catastale, l'attività di affittacamere non è equiparabile né ad un albergo né ad una pensione. Non esistendo alcuna categoria o sottocategoria che contempli tale tipologia di immobili, la scelta di valorizzare la peculiare destinazione d'uso dell'immobile al fine di incasellarlo nella categoria propria di alberghi e pensioni non appare autorizzata da alcuna disposizione di legge o di regolamento. Gli unici

riferimenti normativi sono quelli contenuti nella disciplina regionale che assimila tali immobili alle civili abitazioni, sicché, pur riconoscendo l'autonomia e l'indipendenza della normativa catastale da quella urbanistica, l'Agenzia avrebbe dovuto tenerne conto, se non altro come parametro orientativo (nella specie, la CTP ha confermato la riconduzione nella categoria abitativa A/3 effettuata dal contribuente, piuttosto che quella a destinazione "speciale" - D/2 - determinata dall'Ufficio).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 22 marzo 2021, n. 242 - Pres. Fanucci - Rel. Del Monaco.

ACCERTAMENTO CATASTALE - attribuzione di rendita - immobile - proprietario - occupazione abusiva - irrilevanza.

Una volta accertata l'esistenza dell'immobile, al fine della determinazione della sua rendita catastale e della attribuzione al suo titolare, è del tutto irrilevante che tale immobile sia stato oggetto di occupazione abusiva da parte di terzi che abbia reso impossibile, da parte del suo legittimo titolare, l'esercizio di ogni potere dominicale.

Commissione Tributaria Provinciale della Spezia, 18 gennaio 2021, n. 6 - Pres. Caporuscio - Rel. Molino.

DAZI DOGANALI - valore della merce - scostamento - rettifica - onere della prova - ufficio - incombenza.

Il valore della merce in dogana deve riflettere quello economico e reale della merce importata e, quindi, tener conto di tutti gli elementi di tale merce che presentano un valore economico, espresso con la dichiarazione doganale e supportata dalla documentazione della transazione e del relativo pagamento. Pertanto, qualora la Dogana intenda contestare presunti scostamenti di valore, deve supportare la rettifica con idonei elementi probatori che si riferiscano alla qualità della merce e non al mero valore statistico per Kg, determinato sulla base della comparazione con i dati desunti dalla documentazione esistente presso altri Uffici doganali.

Commissione Tributaria Provinciale della Spezia, 18 gennaio 2021, n. 7 - Pres. e Rel. Caporuscio.

DAZI DOGANALI - accertamenti e cartelle di pagamento - annullamento - relativo giudizio - pendenza in Cassazione - istanza di sospensione dell'esecuzione - rigetto - motivazione - garanzia fideiussoria - mancanza - rigetto - illegittimo.

Qualora il giudice di primo grado abbia accolto, in tutto o in parte, il ricorso avverso l'avviso di rettifica, escludendo o riducendo l'ammontare dovuto, l'Amministrazione Doganale è tenuta ad adottare gli eventuali atti di sgravio ed a limitare l'avvio o la prosecuzione dell'attività di riscossione al minore importo accertato in giudizio. Conseguentemente, la pretesa della Dogana di dar corso alla procedura di esecuzione di cartelle tributarie già annullate dai giudici di merito deve ritenersi illegittima così come illegittima deve ritenersi la richiesta formulata alla contribuente di prestare idonea garanzia bancaria per poter procedere alla sospensione dell'attività di esecuzione (nella specie, la contribuente aveva impugnato il provvedimento con cui la Dogana aveva respinto l'istanza di sospensione degli avvisi di accertamento suppletivo e rettifica e delle relative iscrizioni a ruolo, già oggetto di antecedenti impugnazioni accolte dai giudici di merito. La contribuente, in attesa della conclusiva definizione del giudizio in Cassazione, aveva presentato istanza di sospensione dell'esecu-

zione che era stata respinta dalla Dogana in quanto non accompagnata da idonea garanzia tramite fideiussione bancaria).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 febbraio 2021, n. 103 - Pres. Astegiano - Rel. Vinciguerra.

DAZI DOGANALI - art. 303 Tuld - sanzione - applicazione - carenza nella fattura di requisiti formali - esclusione.

La sanzione prevista dall'art. 303 Tuld, attenendo alla non conformità della qualità, della quantità o del valore delle merci rispetto alle risultanze dell'accertamento, non può essere applicata nel caso in cui sia contestata la carenza, nella fattura di requisiti formali che, se presenti, avrebbero consentito di beneficiare dell'esenzione dai dazi o della riduzione delle aliquote del dazio antidumping\compensativo, avendo determinato l'esposizione di un codice addizionale TARIC CADD non corretto.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 24 marzo 2021, n. 250 - Pres. Del Monaco - Rel. Ceriale.

DAZI DOGANALI - accise - oli minerali - carburanti - imbarcazioni commerciali - esenzione - Paesi terzi - accordo internazionale - condizione

L'art. 8 n. I, lett. c, della direttiva n. 92/81/CEE, che prevede l'esenzione dall'accisa armonizzata per gli oli minerali usati come carburanti per la navigazione nelle acque comunitarie, non trova applicazione con riguardo alle navi da diporto ad uso commerciale battenti bandiera extra-Ue. Ed infatti, in base all'art. 23 della direttiva n. 92/12/CEE, l'esenzione da accisa per gli oli minerali destinati ad essere consumati da soggetti economici di Paesi terzi è consentita solo in presenza e nell'ambito di un accordo internazionale che la preveda.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 4 gennaio 2021, n. 1 - Pres. Landolfi - Rel. Lomazzo.

IMPOSTE SUL REDDITO - plusvalenze - art. 68, c. 3, TUIR - determinazione - dichiarazione - omessa presentazione - conseguenza.

Il comma 3 dell'art. 68 TUIR, laddove si riferisce alle "plusvalenze" di cui alla lett. e) dell'art. 67, specifica come il 40 per cento dell'ammontare di dette plusvalenze debba essere sommato algebricamente alla corrispondente quota delle relative minusvalenze, "... a condizione che sia indicata nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta nel quale le minusvalenze sono state realizzate". Conseguentemente, tale modalità di calcolo non può riguardare i casi di omissione totale di presentazione di dichiarazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 4 gennaio 2021, n. 6 - Pres. Landolfi - Rel. Pozzato.

IMPOSTE SUL REDDITO - società di persone - maggior reddito di partecipazione - socia accomandante - personalmente "fallita" - pretesa impositiva - illegittimità.

Il maggior reddito determinato dall'Ufficio nei confronti della società "P sas" non può essere imputato pro quota alla sua socia accomandante "Sig.ra R" laddove tale "Sig.ra R", in quanto socia accomandataria di altra società "S sas", sia stata dichiarata personalmente "fallita" in conseguenza del fallimento della medesima

"S sas". Ed infatti, in conseguenza del disposto dell'art. 2288 c.c., la contribuente "Sig.ra R" è decaduta dalla veste di socia della società "P sas", e la sua quota è stata acquisita di diritto in proprietà all'attivo dalla procedura fallimentare della società "S sas" alla pari dei redditi collegati a detta quota. Ciò in quanto la quota del socio accomandante fallito ("Sig.ra R") passa di diritto all'attivo della procedura fallimentare (della "S sas"), indipendentemente dalle formalità pubblicistiche dovute, in forza della dichiarazione di fallimento che spoglia il fallito dalla proprietà e dai redditi della quota societaria, di modo che il maggior reddito di partecipazione preteso dall'Ufficio (in conseguenza della determinazione del maggior reddito della "P sas") non è pertanto imputabile alla contribuente "Sig.ra R" né doveva essere dalla stessa dichiarato.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 25 gennaio 2021, n. 32 - Pres. Graziano - Rel. Vinciguerra.

IMPOSTE SUL REDDITO - avviamento - impairment test - determinazione - principi contabili internazionali - rispetto - necessità.

Le attività a vita utile illimitata, come l'avviamento, sono soggette alla periodica verifica di valore (c.d. impairment test), attraverso la stima dei flussi finanziari futuri in entrata e in uscita che deriveranno dall'uso continuativo dell'attività e dalla sua dismissione finale e l'applicazione di un tasso di attualizzazione corretto a tali flussi finanziari futuri. In particolare, la stima dei flussi finanziari deve necessariamente essere effettuata attraverso i criteri previsti dallo IAS 36 (ed in specie, paragrafi da 33 a 38 dello IAS). Conseguentemente, deve ritenersi legittimo l'operato dell'Agenzia delle Entrate che, rilevata la violazione in cui è incorsa la contribuente nella redazione del proprio bilancio, abbia disconosciuto i benefici fiscali così ottenuti ed abbia ricostruito, esclusivamente a fini fiscali, il valore dell'avviamento come correttamente svalutato in applicazione dei principi contabili, traendone le necessarie conseguenze in punto di imposta e sanzioni.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 29 gennaio 2021, n. 26 - Pres. Landolfi - Rel. Lomazzo.

IMPOSTE SUL REDDITO - persona fisica - residenza - paradiso fiscale - effettivo trasferimento all'estero - occupazione - interessi familiari in Italia - criteri.

Nel caso di una persona i cui legami professionali siano situati in un luogo diverso da quello dei suoi legami personali e che pertanto sia indotta a soggiornare alternativamente in luoghi diversi situati in due o più Stati membri, si presume che la residenza normale sia quella del luogo dei legami personali purché la persona vi ritorni regolarmente, tenuto, però, presente che le relazioni affettive e familiari non hanno una rilevanza prioritaria ai fini probatori della residenza fiscale, venendo in rilievo solo unitariamente ad altri criteri probatori che, univocamente, attestino il luogo col quale il soggetto ha il più stretto collegamento (fattispecie relativa ad un contribuente con occupazione nel Principato di Monaco, presso cui aveva posto la propria residenza fiscale, ma interessi personali e familiari in Italia).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 17 marzo 2021, n. 176 - Pres. Pellegrini - Rel. Penna

IMPOSTE SUL REDDITO - perdite pregresse - opzione - deducibilità - indicazione in dichiarazione - necessità.

L'esercizio della facoltà di opzione, riservata al contribuente dall'art. 84 TUIR, di utilizzare le perdite di esercizio verificatesi negli anni pregressi, portandole in diminuzione del reddito prodotto nell'anno oggetto della dichiarazione, ovvero di non utilizzare dette perdite riportandole in diminuzione dal reddito nei periodi di imposta successivi, costituisce manifestazione di volontà negoziale e non mera dichiarazione di scienza, con la conseguenza che essa deve essere necessariamente esercitata mediante una chiara indicazione nella dichiarazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 marzo 2021, n. 179 - Pres. Pellegrini - Rel. Penna.

IMPOSTE SUL REDDITO - persona fisica - residenza - paradiso fiscale - presunzione - prova contraria - contribuente - incombenza.

Per superare la presunzione di residenza in Italia, ai sensi dell'art. 2, c. 2-bis, TUIR, il contribuente deve fornire la prova che, per l'annualità contestata, il centro principale dei suoi affari ed interessi si collocava effettivamente nel Paese black-list (nella specie, Filippine) e che, in tale Paese, aveva il più stretto collegamento nella abituale e preminente gestione dei propri interessi di vita ed economico patrimoniali (nel caso di specie, la CTP ha ritenuto che il contribuente non avesse offerto alcuna prova della sua effettiva residenza nelle Filippine a fronte dei molteplici elementi allegati dall'Ufficio quali: il mancato rinnovo per l'anno accertato del contratto di locazione avente ad oggetto un appartamento nelle Filippine; la mancata produzione di documentazione che dimostrasse sia l'intestazione nelle Filippine di spese per utenze sia la disponibilità in tale Paese di almeno un veicolo; il mantenimento delle proprietà di numerosi immobili in Italia; il sostenimento delle spese per utenze in Italia; il mantenuto possesso in Italia di 4 autovetture e 3 motocicli; la sussistenza di numerose spese per la manutenzione degli immobili posseduti, spese mediche, spese per prestazioni professionali, spese per servizi di vigilanza privata, spese per abbonamento Sky Italia, spese per agenzie e spese per alberghi; il mantenimento dell'intestazione di conti correnti in Italia presumibilmente impiegati per sostenere le spese effettuate in Italia; l'esame dei visti annotati sui passaporti esibiti, dai quali risulta una permanenza nelle Filippine per periodi limitati).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 22 marzo 2021, n. 246 - Pres. Delucchi - Rel. D'Avanzo.

IMPOSTE SUL REDDITO - Inps - dipendenti - trattamento previdenziale - disciplina applicabile.

Il trattamento previdenziale erogato dal Fondo di Previdenza dipendenti Inps ha, ai fini Irpef, natura di "pensione complementare", soggetta al d.lgs. n. 124/93 e le prestazioni derivanti ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 48 bis, comma 1, lett. d), del d.p.r. 917/86, nella versione in vigore al momento dell'erogazione. Tali prestazioni, se anteriori al 1° gennaio 2001, comportano che la tassazione si applichi sull'87,50% dell'ammontare; se successive a tale data sono interamente tassabili, al netto di quanto già sottoposto ad imposizione. La normativa applicabile è infatti quella in vigore al momento in cui la prestazione pensionistica viene erogata e non al momento in cui è sorto il diritto alla prestazione stessa.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 8 febbraio 2021, n. 58 - Pres. Graziano - Rel. Vinciguerra.

IVA - contratti derivati su commodity - differenziali - imponibilità - sussiste.

I differenziali scambiati in forza di contratti derivati su commodity (c.d. cash settlement), non essendo riconducibili ad operazioni di finanziamento quali quelle dei contratti di pronti contro termine (esenti IVA ai sensi dell'art. 10 d.p.r. n. 633/72), sono soggetti ad IVA.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 febbraio 2021, n. 113 - Pres. Astegiano - Rel. Bruni.

IVA - premi correlati al raggiungimento di obiettivi - rapporti contrattuali - attuazione - soggettività - sussistenza.

La corresponsione, da parte di una società la cui attività consiste nella produzione e commercio di specialità farmaceutiche e principi attivi di genere biologico, agli informatori scientifici, di contributi e premi in denaro correlati al fatturato ed al raggiungimento degli obiettivi aziendali, configura operazione soggetta ad IVA rientrando nell'ambito del rapporto contrattuale che vincola le parti ed in esecuzione di precisi obblighi.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 febbraio 2021, n. 98 - Pres. Astegiano - Rel. Vinciguerra.

IVA - prestazioni di servizi - territorialità - art. 7 quinquies d.p.r. n. 633/72 - attività religiose - riconducibilità - fattispecie.

L'art. 7 quinquies, d.p.r. n. 633/72, stabilisce la territorialità di alcune tipologie di servizi, quali quelle per l'accesso a manifestazioni culturali, artistiche, sportive, scientifiche, educative, ricreative o affini, quali fiere ed esposizioni, nonché servizi accessori, ancorandola al luogo della materiale esecuzione. A tal fine, le attività elencate dall'articolo 7 quinquies citato non costituiscono un insieme "chiuso", tassativamente limitato ai casi espressamente considerati, e ad esse possono esser ricondotte anche gli eventi religiosi. Pertanto, i servizi di logistica strumentali alle attività di cui all'art. 7 quinquies non sono rilevanti in Italia se effettuati all'estero (nella specie, la contribuente era stata incaricata da due congregazioni religiose di occuparsi, sotto il profilo logistico, degli eventi connessi all'"Anniversario congregazione salesiana Don Bosco visita i suoi" ed in particolare del pellegrinaggio dell'urna contenente le reliquie del Santo attraverso i cinque continenti, emettendo fatture attive ex art. 7 quinquies d.p.r. n. 633/72 nei confronti delle suddette congregazioni per le prestazioni effettuate interamente in territorio extra UE).

Commissione Tributaria Provinciale per la Liguria, 18 marzo 2021, n. 231 - Pres. Delucchi - Rel. Goso.

IVA - esportazioni indirette - art. 8 d.p.r. n. 633/72 - prova della consegna della merce all'estero - unicamente mediante bolletta doganale che riporti gli estremi della fattura - esclusione - prova - elementi idonei a dimostrare il trasporto della merce.

In forza dell'art. 8, c. 1, lett. b, d.p.r. n. 633/72, le esportazioni di beni con trasporto a cura del cessionario non residente (cd. "esportazioni indirette"), beneficiano del regime di non imponibilità IVA, a condizione che i beni escano dal territorio comunitario entro 90 giorni dalla consegna al cessionario non residente. A tal proposito, la prova della destinazione della merce non deve essere fornita esclusivamente mediante la bolletta doganale che riporti gli estremi fattura, così come pretende l'Ufficio: trattasi di prospettazione che non può essere condivisa in quanto fondata su

un elemento di carattere meramente formale che, in quanto tale, non risulta idoneo a condizionare la non imponibilità dell'operazione, a fronte di una pluralità delle circostanze che convergono nel dimostrarne l'effettività nonché la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 8 del d.p.r. n. 633/1972 (nella specie, si trattava di merci vendute ad un operatore tedesco con la clausola "ex work." che erano state ritirate direttamente dall'acquirente presso lo stabilimento italiano e successivamente imbarcate verso la Tunisia. Secondo l'Ufficio, nonostante la fattura contestata indicasse il titolo di non imponibilità previsto dall'art. 41 del d.l. n. 513/1992, l'operazione non poteva essere qualificata come cessione intracomunitaria, difettando il presupposto inerente alla destinazione finale della merce in uno Stato membro. La CTR ha confermato la sentenza della CTP che aveva ritenuto provata l'avvenuta uscita della merce dal territorio doganale dell'Unione alla luce dell'avvenuta produzione in giudizio: a) del DAU dell'esportatore che aveva lo stesso numero identificativo della notifica di esportazione dell'Agenzia delle dogane; b) del visto della dogana sul certificato di circolazione delle merci che aveva lo stesso numero identificativo del DAU dell'esportatore; c) della fattura del trasportatore che identificava le merci trasportate con lo stesso numero riportato nel certificato di circolazione delle merci vistato dalla dogana e nel DAU dell'esportatore; d) dei numeri dei bilanci delle merci che corrispondevano a quelli riportati nella fattura dell'esportatore e nel certificato di circolazione; e) della esatta corrispondenza, emergente da tutta la documentazione in atti, della data di spedizione delle merci, dell'ufficio di uscita, della destinazione, del vettore e della data di sbarco).

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 13 gennaio 2021, n. 19 - Pres. Landolfi - Rel. Pozzato.

IMPOSTA DI REGISTRO - agevolazione "prima casa" - compimento di lavori di ristrutturazione - termine per eseguirli - tre anni dall'atto - irrilevanza.

È illegittimo l'atto con cui l'Ufficio revocò l'"agevolazione prima casa" nel caso in cui gli immobili acquistati dal contribuente per donazione non siano stati fusi catastalmente, a seguito della conclusione dei lavori di ristrutturazione, entro il termine di tre anni dalla stipula dell'atto. Ed infatti, l'art. 1, nota II-bis, tariffa, parte prima, TUR, non menziona i lavori da eseguire nell'immobile compravenduto né menziona alcun termine per l'effettuazione degli stessi, quale (ulteriore) condizione per la fruizione dell'"agevolazione prima casa". Pertanto, in assenza di un comportamento da parte del contribuente che denoti la sua volontà di adibire l'immobile ad un uso diverso da quello abitativo, la prassi dell'Amministrazione non è sufficiente per sottoporre il cittadino a tassazione e applicazione di sanzioni in mancanza di una disposizione di legge che preveda l'indicato termine triennale quale condizione per la fruizione del beneficio.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 13 gennaio 2021, n. 19 - Pres. Pellegrini - Rel. Parentini.

IMPOSTA DI REGISTRO - agevolazione "prima casa" - "convivenza di fatto" - rottura - accordi patrimoniali - attuazione - cessione infraquinquennale - beneficio - decadenza - art. 19 l. n. 74/1987 - applicabilità - esclusione.

La decadenza dall'agevolazione "prima casa" non è collegata al tipo di negozio con cui il contribuente si priva della proprietà immobiliare ma al mero effetto traslativo della proprietà. È infatti irrilevante, ai fini della decadenza, la natura gratuita od onerosa

dell'atto negoziale essendo essa incentrata sul solo "trasferimento" infraquinquennale. A tale decadenza non si oppone la previsione dell'art. 19 l. n. 74/1987 in quanto il trattamento fiscale privilegiato ivi previsto è riservato alle sole procedure di separazione e di divorzio (preposte alla regolazione delle crisi coniugali) e non anche alle attribuzioni patrimoniali conseguenti alla rottura di una "convivenza di fatto".

Commissione Tributaria Provinciale della Spezia, 19 febbraio 2021, n. 3 - Pres. Failla - Rel. Bertoni.

IMPOSTA DI REGISTRO - corte di appello - sentenza - attribuzione patrimoniale - imposta di registro - revocazione della sentenza - pretesa impositiva - illegittimità.

In tema di registro, l'art. 37 del d.P.R. n. 131/1986, laddove assoggetta a tassazione l'atto dell'autorità giudiziaria anche se al momento della registrazione è stato impugnato o è ancora impugnabile, salvo conguaglio o rimborso a seguito del passaggio in giudizio della decisione, esclude che l'imposta continui ad essere dovuta in conseguenza della definitiva riforma dell'atto, posto che una diversa interpretazione determinerebbe l'irragionevole conseguenza di obbligare ad un pagamento che dovrebbe essere immediatamente restituito e contrasterebbe con i principi di uguaglianza e di capacità contributiva, equiparando l'ipotesi di presenza, ancora non definitiva ma comunque attuale, del presupposto impositivo a quella di definitivo accertamento della sua insussistenza (la CTP ha ritenuto applicabile tale principio anche al caso di specie in cui l'attribuzione patrimoniale disposta dalla Corte di Appello, in relazione alla quale era pretesa l'imposta di registro, era stata revocata a seguito di giudizio di revocazione).

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 16 febbraio 2021, n. 59 - Pres. e Rel. Stolfi.

IMPOSTA DI SUCCESSIONE - "coavervo" delle donazioni - regime successivo alla legge n. 383/2001 - abrogazione

La previsione del "coacervo" dell'asse ereditario, prevista nel sistema impositivo disciplinato dal D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 8 co. 4, deve ormai considerarsi superata e non applicabile alle donazioni effettuate dal de cuius successivamente alla legge n. 383/2001, con la conseguenza che il cumulo ex art. 8 D.Lgs. n. 346 del 1990 non può ritenersi tuttora vigente al fine di individuare la base imponibile dell'imposta di successione.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 13 gennaio 2021, n. 9 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo.

PROCESSO TRIBUTARIO - accertamento - oggetto inesistenza delle operazioni - sentenza penale di assoluzione - rilevanza anche nel processo tributario - onere dell'Ufficio - dimostrare l'inesistenza delle operazioni.

L'accertamento compiuto dal giudice penale (che ha assolto il contribuente perché "il fatto non sussiste") che ha riconosciuto l'effettività di operazioni fiscalmente ritenute inesistenti dall'Ufficio, per la struttura del procedimento penale che ammette l'utilizzo di mezzi probatori più ampi di quelli previsti, in sede tributaria, quindi, dotati di maggiore attendibilità rispetto alla valutazione dei fatti contestati, assume particolare rilevanza anche sul piano fiscale a meno che l'Ufficio non offra elementi

che consentano di sostenere con sufficiente certezza l'inesistenza delle operazioni contestate.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 8 marzo 2021, n. 46 - Pres. Zerilli - Rel. Icardi.

PROCESSO TRIBUTARIO - contributo unificato - impugnazione dell'atto finale unitamente agli atti presupposti - debenza - in relazione a ciascun atto impugnato.

In tema di procedimento tributario, il ricorrente può scegliere se impugnare tutta la sequenza degli atti presupposti o il solo atto finale, con la conseguenza che, nel primo caso, il ricorrente dovrà versare il contributo unificato per ogni atto impugnato ex art.14, comma 3 bis del D.P.R. n. 115 del 2002 (fattispecie relativa alla contestuale impugnazione sia dell'atto di intimazione che degli atti presupposti - costituiti dalle cartelle di pagamento e dall'avviso di accertamento, in relazione alla quale la CTP ha ritenuto che il contribuente avrebbe dovuto provvedere al versamento del CUT per ogni singolo atto oggetto di contestazione).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 24 marzo 2021, n. 248 - Pres. Varalli - Rel. Oddone.

PROCESSO TRIBUTARIO - ricorso - oggetto - incertezza assoluta - inammissibilità - fattispecie.

È inammissibile il ricorso (ai sensi dell'art. 18, c. 4, d.lgs. n. 546/92), nel caso in cui l'associato di un'associazione professionale impugni l'accertamento emesso nei propri confronti indicando tale accertamento nel frontespizio del ricorso ma richiedendo, nelle conclusioni dell'atto, l'annullamento del diverso accertamento emesso nei confronti di un altro associato, se dal corpo del medesimo ricorso non sia possibile individuare con assoluta certezza l'oggetto dell'impugnazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 15 gennaio 2021, n. 6 - Pres. e Rel. Stolfi.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - aggio - servizio prestato - sproporzione - esclusione - aiuto di stato - esclusione.

Non è configurabile alcuna sproporzione tra l'ammontare dell'aggio e dei compensi richiesti al contribuente ed i servizi effettivamente prestati dall'Agente della Riscossione. Ed infatti, in base all'art. 17, d.lgs. n. 112/1999, l'aggio è destinato a remunerare l'attività dell'Ente della riscossione, non in relazione alle singole attività compiute, ma in relazione alla complessiva attività di riscossione al fine di assicurare la copertura di tutti i costi di organizzazione del servizio. Né l'aggio percepito per la riscossione delle cartelle configura un aiuto di stato vietato dall'art. 107 TFUE posto che il concessionario non espleta un'attività di impresa in senso tecnico poiché agisce nel rispetto di regole dettate a monte dal legislatore la cui applicazione non può mai trascendere in condotte anticoncorrenziali.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 25 gennaio 2021, n. 29 - Pres. Graziano - Rel. Vinciguerra.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - notifica a mezzo pec - legittimità - formalità prescritte.

La notifica di una cartella di pagamento deve ritenersi valida-

mente effettuata, ai sensi dell'art. 26, d.p.r. n. 602/73, se, non essendo stato possibile rinvenire nell'INI-PEC alcun indirizzo di posta elettronica certificata del contribuente, valido ed attivo, essa sia stata depositata telematicamente presso gli uffici della Camera di Commercio, se sia stato pubblicato il relativo avviso di deposito sul sito informatico della medesima e se sia stata regolarmente inviata la prescritta raccomandata con avviso di ricevimento.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 10 marzo 2021, n. 60 - Pres. Gatti - Rel. Botteri.

RISCOSSIONE - estratto di ruolo - impugnazione - legittimità - condizioni.

L'impugnazione degli estratti di ruolo si risolve nella sola indagine quanto alla regolarità delle notifiche delle rispettive cartelle, non potendo questa involgere le questioni assorbite dalla valida notificazione delle cartelle o dall'omessa notificazione delle stesse. Il ricorso deve quindi essere considerato inammissibile, qualora, all'esito dell'accertamento compiuto dal giudice in base ai documenti di causa, risulti, in concreto, la validità della notifica della cartella di pagamento recante il ruolo. Pertanto, la disamina istruttoria attribuita al Giudice Tributario dovrà limitarsi alla sola valida notificazione delle cartelle, dovendo disattendere, nell'ipotesi di valida notificazione, le altre eccezioni non potendo l'ordinamento sopportare l'idea di una costante e continua "rimessa in gioco" di situazioni oramai consolidate.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 13 gennaio 2021, n. 1 - Pres. Pellegrini - Rel. Parentini.

TRIBUTI LOCALI - TARI - contratto affitto - subentro - denuncia specifica ai fini dell'imposta - necessità.

Nel caso di subentro nel contratto di affitto di azienda, il subentrante è tenuto a presentare al Comune specifica denuncia ai fini TARI non essendo valevole, a tal fine, la voltura delle licenze commerciali presentate presso altro sportello del medesimo Comune.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 13 gennaio 2021, n. 8 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo.

TRIBUTI LOCALI - imposta sulla pubblicità - messaggio pubblicitario - mezzo disponibile - rilevanza - dimensione geometrica completa - rilevanza.

Oggetto dell'imposta sulla pubblicità è il "mezzo disponibile" e non il "mezzo effettivamente utilizzato" per la diffusione del messaggio pubblicitario. Pertanto, nell'ipotesi in cui il messaggio sia apposto nei "sopraluce" o consista in "vetrofanie" il mezzo imponibile dovrà esser determinato nella loro dimensione geometrica completa e non limitatamente alla parte che racchiude il messaggio, sia questo rappresentato dal logo o dal nome del locale in cui è esercitata l'attività.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 13 gennaio 2021, n. 12 - Pres. Landolfi - Rel. Vipiana.

TRIBUTI LOCALI - IMU - coniugi - non separati - residenza posta in comuni diversi - "abitazione principale" - agevolazione - esclusione.

Nel caso in cui due coniugi risiedano in due Comuni diversi e il ricorrente non abbia dimostrato che la diversa residenza (e

dimora) sia la conseguenza di una frattura del rapporto coniugale o sia dovuta ad esigenze di lavoro, a quest'ultimo non può esser riconosciuta l'agevolazione IMU di cui all'art. 13 d.l. n. 201/2011, per "abitazione principale" (fattispecie relativa a due coniugi non separati, di cui uno residente nel Comune di Albenga e l'altro nel Comune di Melegnano: la GTP ha confermato il disconoscimento dell'agevolazione operato dall'Amministrazione).

Commissione Tributaria Provinciale della Spezia, 22 gennaio 2021, n. 12 - Pres. e Rel. Failla.

TRIBUTI LOCALI - IMU - immobile - svolgimento di attività culturale - esenzione - art. 9, c. 8, d.lgs. n. 23/2011 - utilizzo diretto - condizione.

Ai fini dell'applicazione dell'esenzione da IMU prevista dall'art. 9, c. 8, d.lgs. n. 23/2011, la società che utilizza l'immobile, oltre a dover svolgere un'attività senza fine di lucro, deve utilizzare direttamente l'immobile. Ne consegue che, qualora l'immobile sia "utilizzato indirettamente" attraverso un soggetto giuridico diverso dalla sua proprietaria e locataria, manca uno dei requisiti richiesti dalla normativa per l'esenzione fiscale richiesta.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 20 gennaio 2021, n. 14 - Pres. Bracco - Rel. Prevosto.

TRIBUTI LOCALI - TARES - arenile - soggezione - sussistenza.

L'area destinata ad arenile deve essere soggetta a TARES essendo idonea alla produzione di rifiuti, e non potendo essere considerata pertinenza, anche in considerazione del fatto che secondo il Codice della Navigazione (art. 29) risultano essere pertinenze "le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato, che esistono entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale", e, quindi, in esso, si fa riferimento esclusivo all'edificato. A tal fine, quindi, l'arenile è parte essenziale del compendio destinato al servizio di balneazione, per cui tale area non può definirsi pertinenza od accessorio dei locali ove avviene la residuale attività di ricezione, amministrazione o di ristoro.

Commissione Tributaria Provinciale della Spezia, 22 gennaio 2021, n. 14 - Pres. e Rel. Failla.

TRIBUTI LOCALI - IMU - coniugi - non separati - residenza posta in comuni diversi - "abitazione principale" - agevolazione - esclusione.

Ai fini dell'applicazione dell'esenzione da IMU di cui all'art. 13 d.l. n. 201/2011, per "abitazione principale" deve intendersi l'unità immobiliare costituente dimora abituale, oltre che del contribuente, anche dei suoi familiari. Conseguentemente, in assenza di valida giustificazione, non può riconoscersi il beneficio al ricorrente che risiede e dimora da solo nell'immobile in assenza della coniuge residente altrove (nella specie, il ricorrente affermava di risiedere da solo nel Comune di Lerici per motivi di salute, essendo cardiopatico ed iperteso, condizione che, in forza delle difficoltà respiratorie, lo avrebbe esposto a maggiori disagi di salute ove avesse scelto Milano, comune nel quale risiedeva la coniuge, come località di residenza: giustificazioni ritenute dalla GTP non idonee a consentire la fruizione presso il Comune di Lerici dell'agevolazione di che trattasi).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 febbraio 2021, n. 90 - Pres. e Rel. Astegiano.

TRIBUTI LOCALI - TOSAP - viadotto autostradale - soggezione - sussiste.

Nel caso della sottrazione o limitazione dell'uso del suolo pubblico da parte della società autostradale a mezzo del viadotto autostradale sopraelevato in assenza della concessione od autorizzazione comunale prevista dall'art. 39 del d.lgs. n. 507 del 1993 si realizza una occupazione di fatto che è assoggettabile a TOSAP, salvo che sussista una delle ipotesi di esenzione.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 5 marzo 2021, n. 62 - Pres. Stolfi - Rel. Burlo.

TRIBUTI LOCALI - IMU - stabilimento balneare - strutture collocate per periodi di tempo limitati - assoggettamento ad imposizione - sussistenza.

La soggettività passiva dell'I.M.U. sussiste in capo al soggetto titolare di una concessione su area demaniale sulla quale insiste uno stabilimento balneare. Al fine della debenza del tributo, la presenza della presenza di strutture non stabili, collocate a tempo determinato, non costituisce circostanza idonea ad escludere l'imposizione.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 18 marzo 2021, n. 233 - Pres. Delucchi - Rel. Goso.

TRIBUTI LOCALI - ICI - aree fabbricabili - valore - parametri previsti dall'art. 5 d.lgs. n. 504/92 - delibera comunale - motivazione - validità

In tema di ICI, la determinazione del valore imponibile deve essere effettuata sulla base dei parametri previsti dall'art. 5 del d.lgs. n. 504/9230, che, per le aree fabbricabili, devono avere riguardo alla zona territoriale di ubicazione, all'indice di edificabilità, alla destinazione d'uso consentita, agli oneri per gli eventuali lavori di adattamento del terreno necessari per la costruzione e ai prezzi medi rilevati sul mercato della vendita di aree aventi analoghe caratteristiche. In particolare, la deliberazione comunale che determini i valori delle aree edificabili deve ritenersi sufficientemente motivata con riferimento all'applicazione dei suddetti parametri vincolanti, mentre il contribuente che affermi il minor valore degli immobili rispetto a quello accertato dall'ufficio è onerato a dimostrare la sussistenza di eventuali errori che inficiano la valutazione dell'amministrazione, fermo restando che il carattere vincolante e tassativo dei parametri da applicare ai fini della determinazione del valore degli immobili esclude l'esigenza di una motivazione rafforzata per giustificare l'aumento della base imponibile rispetto alle annualità precedenti, anche qualora considerevole (nella specie, la CTR ha ritenuto che il contribuente non avesse assolto al proprio onere mediante l'allegazione di elementi oggettivi, essendosi limitata a generiche affermazioni in ordine alla pretesa sproporzione tra i reali valori di mercato e quelli assegnati ai suoi immobili).

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 25 marzo 2021, n. 67 - Pres. Zerilli - Rel. Pozzato.

TRIBUTI LOCALI - TARI - tariffe - agevolazione - singolo occupante - soggetti non residenti - impossibilità di fruire dell'agevolazione - regolamento - illegittimità - conseguenza - disapplicazione.

Deve esser disapplicato (ex art. 7 d.lgs. n. 546/92) il regolamento comunale che, ai fini TARI, preveda tariffe differenziate tra i residenti ed i non residenti limitando, in particolare, solo ai primi la possibilità di fruire della tariffa agevolata per "singolo occupante" senza consentire ai secondi di dimostrare l'effettività del proprio nucleo familiare.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 25 marzo 2021, n. 68 - Pres. Zerilli - Rel. Pozzato.

TRIBUTI LOCALI - Imposta sulla pubblicità - accertamento - rilevazione - sopralluogo - necessità - fattispecie

Ai fini dell'applicazione dell'imposta sulla pubblicità (nella specie, ad una cabina automatica per la produzione di fototessere) la mancata effettuazione del sopralluogo da effettuarsi non "a tavolino" ma sul posto, anno per anno, per constatare la reale situazione di fatto, rende inattendibili le risultanze dell'atto impugnato (specie se, come nella specie, nell'anno 2019 accertato la cabina per le fototessere risultava esser stata rimossa ormai dal luglio del precedente 2018).

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 25 marzo 2021, n. 69 - Pres. Zerilli - Rel. Pozzato.

TRIBUTI LOCALI - IMU - area fabbricabile - previsione nel PUC - rischio idrogeologico - divieto di costruzione in base al Piano di Bacino - assoggettabilità - esclusione.

Sebbene l'assoggettabilità ad IMU di un'area consegua alla sola previsione della sua edificabilità da parte del PUC, non può esser preteso il tributo nel caso in cui su quel terreno, in base al rischio idrogeologico, sia vietato costruire in forza del divieto posto dal Piano di Bacino ed a causa della insufficiente distanza dei possibili manufatti dal vicino corso d'acqua. In tale ipotesi infatti, la pretesa del Comune contravviene illegittimamente a norme che non sono nella sua disponibilità, non potendo il Comune assumere provvedimenti in contrasto con norme nazionali o regionali, per rispetto del fondamentale principio della gerarchia delle fonti normative.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 febbraio 2021, n. 108 - Pres. Astegiano - Rel. Bruni.

TRIBUTI VARI - tassa ispezione - apparecchi di radioterapia e radiumterapia - presupposto - effettuazione di controlli da parte della Regione.

In base al d.lgs. n. 230/1995, le Regioni devono adottare idonee iniziative per controllare l'uso delle apparecchiature radiologiche e vigilare sull'applicazione delle disposizioni, dovendo, altresì, individuare personale tecnico responsabile affinché provveda alla sorveglianza periodica delle fonti radianti, verbalizzando i controlli effettuati. Conseguentemente, la tassa annuale di ispezione regionale per apparecchi di radioterapia e radiumterapia presuppone l'espletamento di una effettiva attività di ispezione, sorveglianza e controllo da parte di ARPAL nei confronti del soggetto detentore delle apparecchiature in argomento, di modo che, se la Regione non effettua alcun controllo o sopralluogo, non è configurabile il relativo presupposto impositivo.

Commissione Tributaria Provinciale per la Liguria, 18 marzo 2021, n. 232 - Pres. Delucchi - Rel. D'Avanzo.

TRIBUTI VARI - imposta unica sui concorsi e pronostici - società nazionali che utilizzano i CTD - assoggettamento - annualità successive al 2011 - sussistenza.

Per le annualità d'imposta successive al 2011, è legittimo l'assoggettamento alla imposta unica sui concorsi e pronostici delle società che utilizzano le ricevitorie operanti come centri di trasmissione dati (CTD) per la gestione, per conto proprio o di terzi situati all'estero, di concorsi pronostici o scommesse di qualsiasi genere. A tal proposito, l'art. 56 del TFUE si interpreta nel senso che nulla osta ad una normativa che assoggetti ad imposta sulle scommesse i CTD stabiliti nello Stato e, in solido, gli operatori di scommesse loro mandanti stabiliti in altro Stato membro.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 12 marzo 2021, n. 64 - Pres. Zerilli - Rel. Icardi.

VIOLAZIONI TRIBUTARIE - sanzioni - TARI - "recidiva" - applicabilità - condizioni.

Anche in materia amministrativa, la "recidiva" si configura allorquando si verifica la reiterazione di un illecito amministrativo successivamente all'esistenza di un provvedimento irrevocabile che abbia accertato una precedente violazione amministrativa, con conseguente irrogazione della relativa sanzione. Tale ipotesi non è configurabile nel caso in cui il Comune emetta contestualmente diversi accertamenti con cui contesti l'incomplete e/o infedele dichiarazione con riferimento a 4 diverse annualità d'imposta, per le quali non è stato in precedenza irrogato alcun provvedimento sanzionatorio irrevocabile.

Sezione di diritto penale

Massimario

Tribunale di Genova in composizione collegiale, sez. I, Coll. I, 9 febbraio 2021, n. 539 - Pres. Cascini - Giudice Magrini -Est. Crucioi.

CIRCOSTANZE del reato - circostanze privilegiate - circostanze comuni - applicazione.

(Art. 69 c.p.)

RECIDIVA - accertamento requisiti costitutivi - riprovevolezza condotta - pericolosità autore - riconoscimento o esclusione - obbligo di motivazione.

(Art. 99 c.p.)

Il rispetto del principio di proporzionalità della pena nel caso delle aggravanti privilegiate viene garantito dal fatto che la sottrazione di queste ultime al giudizio di bilanciamento (in termini di equivalenza o soccombenza) è comunque temperata dall'applicazione in ogni caso della diminuzione di pena prevista per le attenuanti eventualmente riconosciute.

In altri termini, il meccanismo applicativo che caratterizza tali circostanze impedisce l'elisione della carica sanzionatoria dell'aggravante, ma allo stesso modo anche dell'effetto diminutivo delle attenuanti (a meno che non vengano ritenute minusvalenti), proprio in conseguenza della (relativa) paralizzazione dell'operatività del disposto di cui all'art. 69 c.p.

La regola che governa le aggravanti privilegiate, qualora le stesse concorrano con altre circostanze di segno opposto tra loro, spezza però il carattere unitario del giudizio di bilanciamento - strumentale alla determinazione del disvalore complessivo dell'azione delittuosa in funzione dello scopo di quantificare la pena nel modo più aderente al caso concreto - il quale rimane circoscritto in tale ipotesi alla sole aggravanti ed attenuanti non assistite dal "privilegio". Effetto che in particolare si determina laddove le residue aggravanti e le attenuanti vengono bilanciate in termini di equivalenza.

Ritenere che un esito diverso da quello della prevalenza delle attenuanti nel giudizio di bilanciamento tre le residue circostanze impedisca alle stesse di incidere sulla commisurazione della pena determinata in riferimento all'aggravante privilegiata - a maggior ragione quando tale esito sia normativamente imposto, come nel caso previsto dal quarto comma dell'art. 69 c.p. - finisce però per proiettare ingiustificatamente sulla medesima aggravante il risultato di tale giudizio, nonostante a quest'ultimo sia stata sottratta per volontà legislativa, compromettendo al contempo il menzionato meccanismo di adeguamento che garantisce la ragionevolezza di tale deroga.

In un'ottica costituzionalmente orientata, le norme che configurano il "privilegio" in relazione ad alcune aggravanti (oltre all'art. 624-bis comma 4 c.p., l'art. 628 comma 5 c.p., l'art. 416-bis. 1 comma 2 c.p., l'art. 604-ter comma 2 c.p. l'art. 186 comma 2-septies Codice della Strada) possono e devono dunque essere interpretate nel senso per cui, una volta sottratta l'aggravante ad un compiuto giudizio di bilanciamento, comunque sulla pena determinata in ragione dell'aumento applicato per la stessa deve essere calcolata la diminuzione per le eventuali attenuanti riconosciute, ancorché queste siano state separatamente assorbite con giudizio di equivalenza nel bilanciamento con altre aggravanti non privilegiate.

In altri termini, una volta differenziato il "destino comparativo" dell'aggravante privilegiata da quello delle altre aggravanti eventualmente contestate, derogando per volontà legislativa all'unitarietà del giudizio di bilanciamento, ognuna di esse rimane ancorata alla propria disciplina di riferimento nel rapporto con le attenuanti riconosciute.

È compito del Giudice quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, avuto riguardo alla natura dei reati, al tipo di devianza di cui essi sono il segno, alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale fra i fatti e al livello di omogeneità esistente tra loro, all'eventuale occasionalità della ricaduta ed ogni altro parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero e indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali.

Inoltre l'adesione alla concezione della recidiva quale circostanza aggravante comporta il riconoscimento che essa è produttiva di effetti unicamente se il Giudice ne accerta i requisiti costitutivi e la dichiara, verificando non solo l'esistenza del presupposto formale rappresentato dalla previa condanna, ma anche del presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e della più elevata capacità a delinquere del reo da accertarsi discrezionalmente, con l'obbligo specifico di motivazione sia nel caso che venga riconosciuta sia nell'ipotesi che venga esclusa.

M.CR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 gennaio 2021, n. 155 - G.O.T. Lucchini.

DELITTI contro il patrimonio - furto - circostanza aggravante - destrezza - insussistenza.

(Artt. 624, 625 c.1 n. 4 c.p.)

Non è configurabile l'aggravante della commissione con destrezza in capo al soggetto autore di furto ove non risulti provato un contatto fisico tra l'imputato stesso e la persona offesa.

Nel caso in oggetto, l'imputato si era effettivamente impossessato del portafogli di un soggetto caduto dalla bicicletta, cui aveva chiesto se avesse bisogno di aiuto per rialzarsi, senza però arrivare ad aiutarlo concretamente, motivo per cui il Giudice riteneva plausibile che il portafogli oggetto di furto fosse caduto a terra durante la caduta dalla bicicletta della persona offesa ed escludeva la sussistenza della circostanza aggravante della destrezza, essendosi l'imputato limitato a raccogliere l'altrui bene da terra.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 26 gennaio 2021, n. 300 - Giudice Unico Parentini.

DELITTI contro il patrimonio - estorsione - tentativo - elemento oggettivo - insussistenza - minaccia - sussistenza.

(Artt. 56, 629, 612 c.p.)

Non è configurabile il delitto di estorsione, nella forma del tenta-

tivo, a carico di colui che, mediante minacce, cerchi di ottenere denaro da un altro soggetto, non riuscendoci per cause indipendenti dalla sua volontà, ove le minacce poste in essere non risultino - in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima e a quelle ambientali in cui questa opera - ex ante idonee a coartare la volontà del soggetto passivo.

Nel caso di specie, il Giudice valutava che una telefonata (secondo cui tutti i familiari dell'imputato sarebbero stati contro il denunciante) e un sms dal tono minatorio ("non fare il furbo se non mi dai i miei soldi indietro conosco il tuo mezzo e ti faccio danni"), poiché la richiesta non veniva reiterata nel tempo ed era inoltre priva di un minimo di concretezza in ordine ai tempi e ai modi del relativo adempimento, non erano idonee a raggiungere una portata estorsiva, arrestandosi alla soglia di offensività propria del delitto di minacce, per il quale l'imputato veniva condannato.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 1 febbraio 2021, n. 404 - Giudice Unico Polidori.

DELITTI contro il patrimonio - rapina impropria - tentativo - sussistenza.

(Artt. 56, 628 c.p.)

È integrato il delitto di rapina impropria ai sensi dell'art. 628 comma 2 c.p., nella forma del tentativo, dalla condotta di chi, dopo avere sottratto beni altrui senza che questi uscissero dalla sfera di controllo del relativo proprietario, abbia fatto uso di violenza per procurare a sé l'impunità.

Nel caso di specie, veniva ritenuto sussistente il delitto in capo a colui che, dopo aver riposto della merce nella propria borsa al fine di sottrarla illecitamente al negozio in cui si trovava e agendo sotto il controllo dell'agente di sicurezza - cosicché la res non usciva mai dalla sfera di controllo del relativo proprietario e la condotta si arrestava alla soglia del tentativo -, veniva fermato alle casse e, in quel frangente, tentava di darsi alla fuga spingendo gli addetti alla sicurezza. La violenza posta in essere non veniva ritenuta un post factum non punibile, bensì come elemento idoneo ad integrare l'ipotesi di rapina impropria, in quanto commessa in costanza di detenzione del bene da parte dell'imputato, circostanza che palesava la volontà di consolidarne l'impossessamento.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 2 febbraio 2021, n. 420 - Giudice Unico Vignale.

DELITTI contro il patrimonio - appropriazione indebita - circostanza aggravante del danno di rilevante gravità - insussistenza - remissione di querela - improcedibilità.

(Artt. 61 n. 7, 646 c.p.)

Non è punibile - per avvenuta estinzione del reato - con riferimento al delitto di appropriazione indebita colui nei confronti del quale sia intervenuta una remissione di querela e non venga riconosciuta la sussistenza della circostanza aggravante del danno di rilevante gravità ex art. 61 n. 7 c.p..

Nel caso in oggetto il Giudice riteneva che la condotta del soggetto che aveva ricevuto in conto vendita un'autovettura e, a seguito di un'offerta da parte di un acquirente, ometteva di corrispondere l'intero importo incassato al venditore originario, trattenendo per sé la parte restante, dovesse andare esente da pena per estinzione del reato, dal momento che veniva giudicata insussistente l'ag-

gravante prevista dall'art. 61 n. 7 c.p. ed era intervenuta remissione di querela da parte della persona offesa.

In particolare, la circostanza aggravante della rilevante gravità del danno veniva considerata insussistente dal Giudice, dal momento che la somma di € 6500,00, trattenuta dall'imputato, non poteva essere ritenuta particolarmente grave per la sua sola entità e non risultava che la persona offesa si fosse risolta a vendere l'auto perché si trovava in condizioni di difficoltà economica.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 3 febbraio 2021, n. 448 - Giudice Unico Vignola.

DELITTI contro il patrimonio - estorsione - truffa - criterio distintivo.

(Art. 629 e 640 c.p.)

Il criterio distintivo tra il reato di truffa e quello di estorsione, allorché il fatto è connotato dalla minaccia di un male, va ravvisato essenzialmente nel diverso modo di atteggiarsi dalla condotta lesiva e della sua incidenza nella sfera soggettiva del soggetto passivo: ricorre la prima ipotesi delittuosa se il male viene ventilato come possibile ed eventuale e comunque non proveniente direttamente o indirettamente da chi lo prospetta in modo che l'offeso non è coartato nella sua volontà, ma si determina alla prestazione costituente l'ingiusto profitto dell'agente perché tratto in errore dalla esposizione di un pericolo inesistente; mentre si configurerà l'estorsione se il male viene indicato come certo e realizzabile ad opera del reo o di altri, onde l'offeso è posto nella ineluttabile alternativa di far conseguire all'agente il preteso profitto o di subire il male minacciato.

M.CR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 4 febbraio 2021, n. 456 - Giudice Unico Lepri.

DELITTI contro la fede pubblica - spendita e introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate - elemento soggettivo - insussistenza.

(Artt. 455 c.p.)

Non è punibile - poiché il fatto non costituisce reato - per il delitto di cui all'art. 455 c.p. colui che detenga banconote false ove non sia raggiunta la piena prova del dolo, in capo allo stesso, di mettere in circolazione il denaro falsificato, non essendo sufficiente a tal fine la mera detenzione.

Nel caso di specie, il Giudice riteneva che l'imputato dovesse andare esente da responsabilità penale poiché non emergevano a suo carico elementi sintomatici, gravi e idonei a rappresentare in modo inequivoco l'intenzione di mettere in circolazione le banconote, dal momento che nulla era stato accertato in merito alla provenienza delle banconote, alle circostanze di luogo e di tempo in cui l'imputato ne era venuto in possesso, alla circostanza se le stesse fossero o meno occultate dal predetto, oltre al fatto che all'imputato, in sede di perquisizione e rinvenimento del denaro, non era stata posta alcuna domanda circa la ricezione delle banconote da parte dello stesso.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 1 febbraio 2021, n. 401 - Giudice Unico Polidori.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - favoreggiamento personale - sussistenza - causa di non punibilità - insussistenza.

(Artt. 378, 384 c.p.)

Al soggetto imputato per il delitto di favoreggiamento personale per essersi rifiutato di deporre dinanzi all'autorità giudiziaria circa la commissione del reato di cessione di sostanze stupefacenti da parte di un altro soggetto non è applicabile la causa di non punibilità ex art. 384 c.p. se, in concreto, il fatto è stato commesso in assenza di necessità di evitare un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore.

Nel caso in oggetto all'imputato per favoreggiamento personale veniva negata la concessione dell'esimente prevista dall'art. 384 c.p. poiché, ad avviso dell'organo giudicante, non era configurabile a suo carico un potenziale danno all'onore e alla libertà, in quanto - con riferimento all'onore - il soggetto risultava già gravato da numerosi precedenti penali e - in relazione alla libertà - neppure l'imputato stesso deduceva alcun nocumento riferibile alla propria situazione esistenziale e lavorativa.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 dicembre 2020, n. 2921 - Giudice Unico Parentini.

DELITTI contro la persona - lesioni personali stradali gravi o gravissime - elemento soggettivo - insussistenza.

(Art. 590 bis c.p.)

Non è responsabile del delitto di cui all'art. 590 bis c.p. colui che, alla guida del proprio veicolo, cagioni delle lesioni ad un altro utente della strada, ove sussistano dubbi sulla materiale dinamica dell'incidente e circa la gravità delle lesioni subite dalla persona offesa e, anzi, l'unico elemento accertato risulti essere la manovra illecita compiuta dalla p.o. stessa.

Nel caso in oggetto il Giudice mandava l'imputato assolto ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p. poiché dall'istruttoria emergevano elementi contraddittori circa la dinamica dell'incidente e, dunque, sulla violazione delle norme del Codice della Strada da parte dell'imputato; risultava inoltre incerto il periodo di prognosi per la guarigione delle lesioni riportate dalla persona offesa in quanto particolarmente scarno e incompleto il documento - non assimilabile ad un referto medico - che le descriveva e, infine, poteva riconoscersi come il tamponamento fosse dovuto ad una manovra incauta della persona offesa che aveva reso inevitabile il sinistro.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 5 ottobre 2020, n. 1958 - Giudice Unico Vignale.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - oltraggio a pubblico ufficiale - elemento oggettivo - portata offensiva - sussistenza.

(Art. 341 bis c.p.)

È configurabile la penale responsabilità per il reato di cui all'art. 341 bis c.p. in capo a colui che proferisca, all'indirizzo di un Pubblico Ufficiale in servizio, frasi dal tenore colorito, pur se ormai di uso corrente, poiché conservanti la capacità offensiva ai danni del Pubblico Ufficiale stesso.

Nel caso di specie, la frase indirizzata dall'imputato al Pubblico Ufficiale recitava "hai rotto il cazzo" seguita dal cognome del

P.U. Il Giudice, pur riconoscendo come tale espressione sia ormai entrata nell'uso corrente della lingua italiana, precisava che lo è all'interno di una relazione colloquiale o amichevole, rapporto che non sussisteva tra l'imputato e il soggetto oltraggiato, dal momento che nulla in più vi era oltre ad una conoscenza pregressa tra i due. La frase proferita dall'imputato, quindi, assumeva carattere offensivo proprio in quanto lasciava trasparire un inesistente rapporto di confidenza e dimostrava ai presenti che assistevano alla scena un disprezzo nei confronti del Pubblico Ufficiale e, generalmente, delle forze dell'ordine.

F. BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 7 ottobre 2020, n. 2004 - Giudice Unico Lovesio.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - oltraggio a pubblico ufficiale - luogo pubblico o aperto al pubblico - cortile condominiale - sussistenza.

(Art. 341 bis c.p.)

È integrato il delitto di cui all'art. 341 bis c.p. dalla condotta di chi proferisca espressioni di significato offensivo nei confronti di un pubblico ufficiale trovandosi in un luogo anche solo potenzialmente aperto al pubblico.

Nel caso di specie, il Giudice riteneva l'imputato responsabile del reato di oltraggio a pubblico ufficiale per avere pronunciato frasi dal tenore lesivo dell'onore e il prestigio del P.U. all'interno di un cortile retrostante un condominio, poiché valutava tale luogo come aperto al pubblico, in quanto l'area non era chiusa rispetto all'esterno e permetteva, anche solo potenzialmente, di accedervi, nonché di vedere e udire ciò che vi accadeva.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 3 febbraio 2021, n. 440 - Giudice Unico Blanc.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - resistenza a pubblico ufficiale - elemento oggettivo.

(Art. 337 c.p.)

DELITTI contro la pubblica amministrazione - resistenza a pubblico ufficiale - elemento soggettivo.

(Art. 337 c.p.)

Al fine dell'integrazione del delitto di cui all'art. 337 c.p. non è necessario che sia impedita, in concreto, la libertà di azione del pubblico ufficiale, essendo sufficiente che si usi violenza o minaccia per opporsi al compimento di un atto di ufficio o di servizio, indipendentemente dall'esito positivo o negativo di tale azione e dall'effettivo verificarsi di un ostacolo al compimento degli atti predetti.

In tema di resistenza a pubblico ufficiale, il dolo specifico si concreta nella coscienza e volontà di usare violenza o minaccia al fine di opporsi al compimento di un atto dell'ufficio, mentre del tutto estranei sono lo scopo mediato ed i motivi di fatto avuti di mira dall'agente.

Nel caso di specie è stato condannato l'imputato per avere tenuto condotte violente nei confronti dei militari che stavano compiendo un atto del loro ufficio e segnatamente erano intervenuti per procedere alle operazioni della sua identificazione mentre tentava di darsi alla fuga.

M.CR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 febbraio 2021, n. 515 - Giudice Unico Baldini.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - resistenza a pubblico ufficiale - elemento oggettivo - casistica.

(Aart. 337 c.p.)

La condotta che realizza la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 337 c.p., consiste nell'opposizione al pubblico ufficiale mentre questi compie un atto del proprio ufficio, atto che deve avere una propria specificità e deve essere individuato come tale, non potendosi identificare genericamente nell'attività comunque riconducibile alla pubblica funzione esercitata: correlativamente, non ogni forma di contestazione personale, seppur minacciosa, rivolta al pubblico ufficiale, che non sia riferita all'atto che questi sta compiendo, comporta la commissione del reato di resistenza secondo la sua configurazione normativa tipica.

M.CR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 gennaio 2021, n. 236 - Giudice Unico Deplano.

DELITTI contro l'assistenza familiare - sottrazione di persone incapaci - legittima difesa putativa - sussistenza.

(Art. 52, 574 c.p.)

Non è punibile per il reato di sottrazione di persone incapaci ai sensi dell'art. 574 c.p. il soggetto che, per sottrarsi alle condotte di maltrattamenti da parte del convivente, si allontana dalla casa familiare con il figlio minore senza permettere al padre di avere alcun contatto con il di lui figlio.

Nel caso di specie, il Giudice mandava assolto l'imputato ritenendo che lo stesso, allontanandosi dalla casa familiare con il figlio minore, avesse agito al fine di reagire alle condotte di maltrattamenti e per difendere il minore da un pericolo attuale alla sua salute fisica e psicologica, integrando così la scriminante della legittima difesa quanto meno putativa.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 7 dicembre 2020, n. 2852 - Giudice Dott. Baldini.

DELITTI contro l'autorità giudiziaria - calunnia - denuncia di fattispecie delittuosa inesistente - insussistenza - procurato allarme - sussistenza.

(Artt. 368, 658 c.p.)

Non integra il delitto di cui all'art. 368 c.p. la condotta di colui che, seppure con il proposito di fare iniziare delle indagini da parte dell'Autorità Giudiziaria nei confronti di un soggetto innocente, attribuisca allo stesso una condotta che non corrisponde ad una determinata fattispecie delittuosa.

Nel caso di specie, l'imputato chiamava la Questura per denunciare la persona offesa di sequestro di un minore, tuttavia, già nel corso della chiamata, la situazione riferita dall'imputato delineava al più una condotta di cattiva ed irresponsabile gestione del minore, costretto contro la sua volontà a rimanere all'interno del ristorante del padre durante l'orario di lavoro di quest'ultimo.

Il Giudice, quindi, rilevando il difetto dell'elemento oggettivo del delitto di calunnia, riqualificava le condotte ai sensi dell'art. 658 c.p., poiché, attraverso la chiamata alla Questura, realizzava un

falso allarme provocando uno spreco di attività e distraendo le risorse dell'Autorità Giudiziaria dalle reali necessità.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 19 gennaio 2021, n. 191 - Giudice Unico Parentini.

DELITTI contro l'autorità giudiziaria - calunnia - esposto ad un ordine professionale - insussistenza - diffamazione - sussistenza - diritto di critica - travalicamento - insussistenza.

(Artt. 51, 368, 595 c.p.)

Non integra il reato di calunnia, la condotta del soggetto che presenti un esposto nei confronti del professionista al suo ordine professionale di appartenenza. L'esposto ad un ordine professionale, infatti, denuncia violazioni di doveri deontologici e sollecita un'iniziativa di tipo disciplinare.

Nel caso di specie, peraltro, l'accusa nei confronti del professionista di aver commesso gravi reati, contenuta nell'esposto, risulta inidonea ad avviare un'indagine penale trattandosi di reati procedibili a querela o fatti non più previsti dalla legge come reato.

Il Tribunale, tuttavia, ritiene che con tale esposto l'imputato abbia integrato il reato di diffamazione di cui all'art. 595 c.p., poiché, nonostante la giurisprudenza di legittimità escluda la sussistenza di tale delitto in casi analoghi in cui gli avvocati sono destinatari di esposti inviati al Consiglio dell'Ordine da parte di ex clienti ricorrendo la generale causa di giustificazione ai sensi dell'art. 51 C.p., nel caso di specie l'imputato avrebbe esorbitato dall'esercizio di critica integrando così la condotta di cui all'art. 595 c.p.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 6 novembre 2020, n. 2439 - Giudice Unico Vignale.

DELITTI contro l'onore - diffamazione - social network Facebook - critica riferita a categoria - insussistenza.

(Art. 595 c. 3 c.p.)

Non è configurabile il delitto di diffamazione ex art. 595 c. 3 c.p., allorché il soggetto agente nel pubblicare sul social network Facebook un contenuto diffamatorio non si riferisca ad un singolo soggetto, bensì alla categoria cui la persona offesa appartiene.

Nel caso di specie, il Giudice, condividendo la pronuncia n. 24065 del 23.02.2016 della V Sezione della Suprema Corte, mandava assolto l'imputato che aveva commentato un post in cui si criticava un magistrato in particolare, senza riferire le frasi ingiuriose al singolo magistrato, ma rivolgendosi all'intera categoria della magistratura.

Il Giudice sosteneva, infatti, che il reato di diffamazione risulta integrato solo nel caso di offesa alla reputazione di una persona determinata e non può essere, quindi, ravvisabile nel caso in cui le frasi offensive siano rivolte ad una categoria e non siano identificabili le persone cui le frasi si riferiscono.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 febbraio 2021, n. 596 - Giudice Dott.ssa Vignale.

DELITTI nel settore del gioco e delle scommesse clandestine - esercizio abusivo di attività di giuoco o di scom-

messa - attività di raccolta scommesse e intermediazione per società estera - assenza di licenza ex 88 T.U.L.P.S. e concessione A.A.M.S. - sussistenza del reato.

(Art. 4 c. 1 e 4 bis L. 401/1989)

Commette il reato di esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa il soggetto che non sia in possesso di licenza ex art. 88 T.U.L.P.S. e di concessione A.A.M.S. anche qualora svolga attività di raccolta scommesse e intermediazione per una società estera in possesso della licenza rilasciata dall'autorità del proprio Paese.

Il Giudice, alla luce della costante giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. 3, Sent. n. 49392 dell'0/11/2009; Cass. Sez. 3, Sent. 35470 del 20.6.2012), condannava l'imputato poiché, si considera illecita, quando non autorizzata, "qualunque attività idonea a favorire l'accettazione e la raccolta di scommesse" anche quando il soggetto agisca quale intermediario tra scommettitore e società che raccolgono le scommesse.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 4 febbraio 2021, n. 470 - Giudice Unico Vignale.

REATI stradali - guida sotto l'influenza dell'alcool - aggravante dell'incidente stradale - assenza nesso causale - insussistenza.

(Art. 186 c. 2 lettera c), c. 2 bis D. L.vo 30/04/1992 n. 285)

Non è configurabile la circostanza aggravante di cui all'art. 186 comma 2 bis del Codice della Strada a carico del soggetto postosi alla guida in stato di alterazione alcolica e coinvolto, in seguito, in un incidente stradale ove non vi sia l'accertamento del nesso causale tra lo stato di ebbrezza e la anomala condotta di guida.

Nel caso in oggetto, il Giudice sottolineava come, ai fini della con-

testabilità della predetta aggravante, non sia sufficiente che l'incidente stradale sia comunque riconducibile al comportamento del conducente poi risultato in stato di ebbrezza, bensì sia necessario che, proprio a causa di tale alterazione, egli abbia provocato l'incidente. In particolare, in base alla dinamica dell'incidente (ascrivibile al novero di quelle più banali e frequenti a detta del Sovrintendente Capo della Polizia sentito quale teste) e in base al fatto che l'imputato - prima dell'effettuazione del test - non appariva alterato, veniva esclusa la sussistenza di un nesso causale tra lo stato di ebbrezza e il sinistro.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 9 febbraio 2021, n. 563/21 - Giudice Unico Vinelli.

REATI stradali - guida sotto l'influenza dell'alcool - aggravante dell'incidente stradale - assenza nesso strumentalità - insussistenza.

(Art. 186 c. 2 bis C.d.S.)

In tema di guida in stato di ebbrezza, ai fini della configurabilità dell'aggravante di aver provocato un incidente stradale, prevista dall'art. 186 comma 2 bis C. d. S., è necessaria la sussistenza di un nesso di strumentalità - occasionalità tra lo stato di ebbrezza e l'incidente, non potendosi giustificare un deteriore trattamento sanzionatorio a carico di chi, pur procedendo illecitamente in stato di ebbrezza, sia stato coinvolto in un incidente stradale di per sé oggettivamente imprevedibile e inevitabile e in ogni caso privo di ogni connessione con il suo stato di alterazione alcolica.

M.CR.

Sezione di deontologia forense

Documenti

Il “metronomo” del procedimento disciplinare: il Consigliere Istruttore.

Fabio De Santis

Avvocato, Segretario del CDD di Genova

Sommario: 1. In sintesi. - 2. Compiti, tempi e poteri del Consigliere Istruttore. - 3. Il Consigliere comunica, invita e accerta. - 4. Il Consigliere propone alla Sezione. - 5. Concludendo.

1. In sintesi.

È pacifico che il vero e proprio procedimento disciplinare: il dibattimento (1), è preceduto da un sub procedimento, la fase istruttoria preliminare (2) dove il fulcro e il propulsore, di tale fase pre-dibattimentale (e/o fase preistruttoria del procedimento disciplinare) è il Consigliere Istruttore. Tutto il sistema procedimentale ruota sugli accertamenti del Consigliere Istruttore, sulla sua preparazione e competenza specifica nella materia deontologica e disciplinare pertanto, il Consigliere Istruttore, detta i tempi e la qualità del procedimento essendo così il “metronomo” del procedimento stesso (3).

Il Consigliere Istruttore viene nominato con provvedimento del Presidente del CCD contestualmente alla costituzione della Sezione disciplinare (*melius* con l'assegnazione del fascicolo alla sezione) che, secondo regolamento, è preconstituita all'inizio della consiliatura (4).

Il provvedimento del Presidente del CDD (5) con cui viene nominato (individuato) il Consigliere Istruttore, è un atto endoprocedimentale non suscettibile di autonoma impugnazione dinanzi al CNF, né tantomeno dinanzi al giudice amministrativo (6).

Il Consigliere Istruttore, una volta nominato e terminato il suo compito, con l'avvio del dibattimento, viene sostituito e - uscendo definitivamente dalla Sezione individuata - diviene incompatibile con qualsiasi ruolo nella stessa sezione, ora, giudicante.

2. Compiti, tempi e poteri del Consigliere Istruttore.

Appurato che nella fase pre-dibattimentale il Consigliere Istruttore opera in autonomia e, nonostante la sua importanza e il suo ruolo, che orienta l'intero procedimento, la legge forense non disciplina in modo specifico i suoi compiti. In un laconico art. 58 comma secondo della Legge Forense si afferma “... il presidente designa la commissione che deve giudicare e nomina il consigliere istruttore, scelto tra i consiglieri iscritti a un ordine diverso da quello dell'incolpato. Il consigliere istruttore diviene responsabile della fase istruttoria pre-procedimentale; egli comunica senza ritardo all'iscritto l'avvio di tale fase, a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, fornendogli ogni elemento utile e invitandolo a formulare per iscritto le proprie osservazioni entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione, e provvede a ogni accertamento di natura istruttoria nel termine di sei mesi dall'iscrizione della notizia di illecito disciplinare nel registro di cui al comma 1” e, al terzo comma, dispone “Conclusa la fase istruttoria, il consigliere istruttore

propone al consiglio distrettuale di disciplina richiesta motivata di archiviazione o di approvazione del capo di incolpazione, depositando il fascicolo in segreteria. Il consiglio distrettuale delibera senza la presenza del consigliere istruttore, il quale non può fare parte del collegio giudicante (7)”.

Questo l'unico riferimento normativo: il Consigliere Istruttore a) comunica, invita e accerta; b) propone alla Sezione.

3. Il Consigliere comunica, invita e accerta.

L'Istruttore, una volta nominato, diviene responsabile del (sub) procedimento che precede l'eventuale dibattimento e comunica al segnalato (il Reg. 2/2014 art. 15 indica “all'incolpato” (8)) “ogni elemento utile, invitandolo o a formulare per iscritto le proprie osservazioni e deduzioni ed avvertendolo che, in mancanza di elezione di domicilio presso il difensore, le comunicazioni, relative al procedimento, verranno inviate a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento al suo domicilio professionale o al suo indirizzo pec”.

Il progetto di riforma del regolamento 2/14 CNF (oggi in discussione) prevede una semplificazione delle attività del Consigliere Istruttore (nella fase preliminare) che non sarà più obbligato ad invitare il segnalato “a rendere dichiarazioni”, ma lo stesso (come avviene tutt'ora) potrà sempre depositare memorie difensive, oltre ad essere comunque ascoltato a conclusione dell'istruttoria preliminare. (9)

La memoria difensiva del segnalato (la seconda), nel sistema vigente, depositata a seguito dell'invito del Consigliere Istruttore, al momento della sua nomina, nella prassi si rileva, spesso ultronea e un inutile “doppione” di quella già inviata al CDD (10) ex art. 50 Legge forense (11).

L'errore di fondo è il fatto che non si è ancora compreso quale siano la finalità delle due memorie e i soggetti (diversi) a cui è destinata. La prima memoria del segnalato (ex art. 50 LF), quella destinata al Presidente del CDD, dovrebbe evidenziare a quest'ultimo (-allo stato degli atti - non avendo il Presidente del CDD, in questa fase, alcun potere istruttorio), che la segnalazione è manifestamente infondata, e/o quantomeno l'illecito ipotizzato sia lieve e scusabile, oppure sia maturata la prescrizione dell'azione disciplinare.

La seconda memoria, quella “richiesta” dal Consigliere Istruttore, ha una funzione “più difensiva” e di “indirizzo” per il Consigliere che dovrà/potrà accertare e/o verificare se il comportamento complessivo del professionista sia stato conforme o meno alle norme deontologiche che dovessero emergere dalle contestazioni e dagli accertamenti stessi.

Questa (seconda) memoria contenente osservazioni e deduzioni, anche istruttorie, pertanto non può essere una “fotocopia” della prima, la quale dovrebbe essere “strutturata” per altre finalità, né è necessario “riproporla” se già depositata. La memoria richiesta dal Consigliere Istruttore dovrebbe contenere elementi (nuovi e ulteriori) non indicati nelle precedenti difese. In merito ai tempi, entro sei mesi, in cui il Consigliere Istruttore, responsabile della fase preprocedimentale, deve completare l'istruttoria stessa (12), si ricorda che lo stesso termine, non ha natura perentoria ma solo ordinatoria dal momento che il mancato rispetto non è correlato ad alcuna sanzione e non determina

alcun vizio procedurale che si possa ripercuotere sulla validità della deliberazione (13).

Il termine di sei mesi, quindi non ha natura perentoria ma “riveste natura esclusivamente sollecitatoria dell’attività istruttoria da porre in essere dal consigliere CDD” (14).

Si rammenta che: *“Il procedimento disciplinare di primo grado ha sì natura amministrativa, ma speciale, in quanto disciplinato specificamente dalle norme dell’Ordinamento forense, che non contengono termini perentori per l’inizio, lo svolgimento e la definizione del procedimento stesso davanti al Consiglio territoriale all’infuori di quelli posti a tutela del diritto di difesa, nonché di quello di prescrizione dell’azione disciplinare.”* (15)

Accade che le attività di indagine possano sfiorare il termine di cui sopra, il più delle volte a causa di mancanza di poteri coercitivi in capo al Consigliere Istruttore (così come in capo al CDD) che deve cedere il passo alla mancanza di collaborazione da parte dei soggetti e delle Pubbliche Amministrazioni coinvolte nel procedimento. Infatti come visto il 2° comma dell’art. 58 della Legge Forense non specifica quali siano le attività istruttorie del Consigliere Istruttore. In soccorso interviene il 2° comma dell’art. 15 del Regolamento CNF 2/2014 che dispone *“Il Consigliere Istruttore può assumere informazioni e dichiarazioni da persone informate sui fatti, acquisire atti ed invitare l’iscritto a rendere dichiarazioni con l’assistenza del propri difensore”*. Le attività del Consigliere istruttore dovranno essere documentate (16).

Il Consigliere istruttore ovviamente partendo dagli atti del fascicolo, principalmente dalla notizia dell’illecito, con i relativi allegati, nonché dalle difese del segnalato (se depositate) indirizzerà le sue indagini e ove tale documentazione non fosse sufficiente, potrà (dovrà) assumere ulteriori informazioni dai soggetti coinvolti, richiedendo e acquisendo atti, e convocando il segnalato per assumere chiarimenti ma, come detto, non avendo poteri coercitivi, potrà contare solo sulla cooperazione e sui tempi dettati dai soggetti coinvolti nella vicenda disciplinare.

Ove dai fatti oggetto del procedimento disciplinare emergano estremi di un reato procedibile d’ufficio, dovrà essere informata l’autorità giudiziaria (17).

Infine, quando i fatti oggetto del procedimento disciplinare sono oggetto anche di procedimento penale, ricordando che i due procedimenti si svolgono e sono autonomi l’uno dall’altro, il Consigliere Istruttore dovrà valutare se proporre istanza di sospensione del procedimento disciplinare alla Sezione, poiché (ai sensi del secondo comma dell’art. 54 L.247/2012): *“Se, agli effetti della decisione, è indispensabile acquisire atti e notizie appartenenti al processo penale, il procedimento disciplinare può essere a tale scopo sospeso a tempo determinato. La durata della sospensione non può superare complessivamente i due anni; durante il suo decorso e sospeso il termine di prescrizione”*.

Dopo tale sospensione, facoltativa, il procedimento disciplinare dovrà essere inesorabilmente ripreso, anche se non è stato possibile acquisire atti e notizie del processo penale.

4. Il Consigliere propone alla Sezione.

Il Consigliere Istruttore, senza necessità di convocare l’iscritto per gli adempimenti di cui all’art. 15 Reg. n. 2/14 CNF, può proporre alla sezione il richiamo verbale per ipotesi di infrazioni lievi e scusabili. Su tale specifico provvedimento, il “richiamo verbale” (18) deliberato dalla Sezione su proposta del consigliere istruttore che non ha concluso la fase istruttoria, si innesta una procedura di “opposizione” (19), da parte dell’incolpato, ove si richiede all’istruttore (già designato) di approfondire e concludere la fase predibattimentale. Infatti, *“L’iscritto, nel ter-*

mine di 30 giorni dal ricevimento della predetta comunicazione, potrà opporsi alla definizione del procedimento attraverso il richiamo verbale formulato e chiedere che si proceda all’istruttoria preliminare ai sensi degli articoli 15 e seguenti del presente regolamento”.

Invece, portata a termine la sua istruttoria, il Consigliere Istruttore *“propone alla sezione richiesta motivata di archiviazione o di approvazione del capo di incolpazione”*. (20)

Mentre la proposta di archiviazione non può che essere motivata, altrettanto pacifica non è la proposta per la richiesta di approvazione del capo di incolpazione.

Come osservato in alcuni CDD *per coloro che hanno una “sensibilità penalistica” la risposta è negativa: la proposta del capo d’incolpazione non deve essere motivata*, ma essendo il procedimento disciplinare, pur sempre un procedimento amministrativo (21), una motivazione seppur sommaria dovrebbe essere inserita anche se poi (nel concreto) non risulterebbe necessaria ove il capo d’incolpazione contenga puntualmente e correttamente i fatti contestati e l’indicazione delle norme violate così come richiesto dagli artt. 59 L.247/2012 e 17 Reg. 2/2014 CNF.

Basilare e più delicato compito del Consigliere Istruttore, a conclusione di tutto il lavoro svolto e necessario per il corretto svolgimento del dibattimento, è l’esatta formulazione del capo d’incolpazione, o meglio la precisa contestazione dei fatti.

La contestazione disciplinare deve essere adeguatamente specifica e chiara quanto all’indicazione dei comportamenti addebitati, mentre la individuazione delle precise norme deontologiche, che si assumono violate, non sono indispensabili per la validità del capo d’incolpazione. Difatti per giurisprudenza costante *“è necessaria e sufficiente una chiara contestazione dei fatti addebitati, non assumendo, invece, rilievo la sola mancata indicazione delle norme violate o una loro erronea individuazione, spettando in ogni caso all’organo giudicante la definizione giuridica dei fatti contestati”*. (22)

Se la Sezione approva la proposta (di archiviazione o del capo d’incolpazione) il consigliere istruttore dovrebbe uscire di scena, avendo terminato il suo compito.

Ciò avviene, sicuramente per l’archiviazione del fascicolo, mentre con l’approvazione del capo d’incolpazione da parte della Sezione e con la comunicazione dello stesso all’incolpato vi è ancora un’ulteriore attività che compete al Consigliere Istruttore.

Infatti, l’incolpato una volta ricevuta la comunicazione del capo d’incolpazione ha un altro termine di venti giorni per depositare memorie e documenti e chiedere di comparire avanti al Consigliere istruttore, per essere sentito ed esporre le proprie difese. (23)

Sono sorte diverse questioni, sulla mancata audizione dell’incolpato in questa sede, che spesso si limita a riportarsi all’ennesima (ed ulteriore) memoria difensiva che erroneamente ripercorre tutto l’iter preistruttorio invece di “concentrarsi” sul capo d’incolpazione che poi sarà l’incipit del procedimento disciplinare.

Si evidenzia sul punto che *“La mancata audizione dell’incolpato nella fase preliminare al procedimento disciplinare in presenza di sua espressa specifica richiesta, non comporta nullità del procedimento stesso, che infatti non può ancora dirsi iniziato. Peraltro, l’indispensabilità dell’audizione non è prevista neppure in riferimento alla fase dibattimentale, avendo l’incolpato diritto di sottoporsi all’esame soltanto se ne faccia richiesta o vi acconsenta (art. 59 lett. e L. n. 247/2012), giacché l’applicabilità delle norme del codice di procedura penale è prevista soltanto in via suppletiva, in mancanza di una specifica disciplina della legge professionale e nei limiti della compatibilità con quest’ultima (art. 58, lett. n, L. n. 247/2012).”* (24)

A questo punto il Consigliere Istruttore, una volta decorso il termine concesso all'incolpato per il compimento degli atti difensivi, sulla base del contenuto delle difese, ha solo due scelte a) chiedere alla sezione competente per il procedimento di disporre l'archiviazione; o b) di disporre la citazione a giudizio dell'incolpato, *tertium non datur* (25). Eppure nella prassi si vedono incolpati, una volta comunicato il capo d'incolpazione (che porrebbe fine a quella fase preliminare istruttoria e alle attività di "accertamento" del Consigliere Istruttore), formulare nuove istanze istruttorie, richiedere attività ormai precluse al Consigliere Istruttore spogliato della sua peculiare funzione e/o introdurre deduzioni e contestazioni che poco hanno a che fare con il capo d'incolpazione, sui cui, come già detto, invece dovrebbero concentrarsi queste ultime difese prima dell'apertura del dibattimento.

5. Concludendo.

Il Consigliere Istruttore, fondamentale per l'intero procedimento, ha il compito più delicato e senza il suo apporto, serio e competente, bloccherebbe l'iter procedimentale tradendo così tutte le aspettative dei terzi e degli avvocati che svolgono la professione forense con serietà e correttezza. È vero, il Consigliere Istruttore è il "metronomo" del procedimento in quanto con la sua sensibilità professionale, competenza deontologica e disciplinare detta la qualità e i tempi del procedimento stesso, ma è anche un *Kuroko* (26), che da solo ed invisibile, con il suo sacrificio, impegno personale e mille difficoltà, non avendo alcun potere coercitivo, deve far sì che la Sezione possa deliberare correttamente e il procedimento disciplinare vada avanti.

Note.

- (1) Che si ha con l'approvazione del capo d'incolpazione da parte della Sezione disciplinare giudicante. Art. 59 Legge Forense, art. 22 e seguenti Reg. 2/14 CNF.
- (2) Art. 58 Legge Forense. Il Capo III Reg. 2/14 CNF (art. 14/19) sta vedendo proprio in questi giorni una revisione (proposte di modifica) volta a semplificare ed accelerare il procedimento anche in questa fase.
- (3) Così il presidente del CDD di Cagliari, Avv. Gavino Arru in "Esperienze a Confronto: illeciti deontologici e procedimento disciplinare forense" in data 29/04/20 organizzato dalle camere penali di Torre Annunziata.
- (4) Art. 2 comma 3 e segg. Reg. 2/14 CNF.
- (5) Art. 2 comma 4.
- (6) Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 119 del 28 ottobre 2019, In senso conforme, Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 71 del 29 luglio 2019 nonché Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 61 del 16 luglio 2019.
- (7) Art. 58 Legge Forense, terzo comma.
- (8) Il segnalato diviene incolpato soltanto a seguito dell'approvazione del capo d'incolpazione/apertura procedimento disciplinare.
- (9) Proposte di modifica regolamento 2/14 CNF per il congresso straordinario avvocatura 23/24 luglio 2021.
- (10) Nonostante che nella comunicazione del Consigliere del CDD di Genova specifici espressamente al segnalato: "In relazione agli addebiti che Le vengono contestati dall'esponente, qualora intenda aggiungere ulteriori argomentazioni rispetto a quanto già eventualmente depositato, La invito a depositare via PEC ad entrambi gli indirizzi sopra evidenziati, entro trenta giorni dal ricevimento della presente, memorie contenenti osservazioni e deduzioni anche istruttorie".
- (11) Ovvero a seguito di comunicazione, da parte del COA, dell'invio della segnalazione/esposto al CDD invitando il segnalato a depositare memorie entro 20 giorni.
- (12) Ex art. 58 Legge Forense, richiamato e previsto dall'art. 14 co. 5 Reg. n. 2/2014 CNF sul procedimento disciplinare e decorrente dall'iscrizione

della notizia di illecito disciplinare nel registro riservato di cui all'art. 12 Reg. CNF n. 2/2014 cit..

- (13) Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 80 del 24 giugno 2020.
- (14) Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 218 del 6 novembre 2020.
- (15) Così Corte di Cassazione SS.UU, n. 13167/17 e Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 218 del 6 novembre 2020.
- (16) Art. 15.3 Reg. 2/14 CNF.
- (17) Art. 54 comma 3 Legge Forense.
- (18) Vedi "Il Richiamo Verbale" su Nuova Giurisprudenza Ligure n.1/2021.
- (19) Vedi art. 14.4-bis Reg. 2/14 CNF (Comma aggiunto, con delibera immediatamente esecutiva, assunta nella seduta amministrativa del 26 giugno 2015 e così modificato, con delibera immediatamente esecutiva, assunta nella seduta amministrativa del 24 marzo 2017).
- (20) Così 3° comma dell'art. 58 LP e art. 16 del Reg. 2/2014 CNF. Nel progetto di modifica dell'art. 16 Reg. 2/14 CNF, all'esito dell'Istruttoria preliminare, il Consigliere Istruttore potrà proporre ulteriormente anche il richiamo verbale.
- (21) Come evidenziato dal presidente del CDD di Firenze: Avv. Leonardo Biagi, in incontri su "Il procedimento disciplinare forense" organizzato dalla Scuola Forense Alto Tirreno in data 10/02/21.
- (22) Tra le altre, Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 184 del 09 Ottobre 2020, Consiglio Nazionale Forense, sentenza n. 146 del 27 luglio 2020.
- (23) Art. 17 comma 2 lett. B, lett. C Reg. 2/14 CNF.
- (24) Corte di Cassazione, SS.UU, sentenza n. 13167 del 17 maggio 2021.
- (25) Art. 18 Reg. 2/14 CNF. Nel progetto di modifica, all'esito dell'Istruttoria preliminare, il Consigliere Istruttore potrà chiedere anche di disporre il richiamo verbale. Si auspica all'uopo che sia dettata una disciplina specifica ed omogenea sull'impugnazione del Richiamo Verbale: Infatti per il primo richiamo verbale ex art. 14.2bis reg. (in sede plenaria su proposta del Presidente del CDD) non è prevista alcuna impugnazione di tale provvedimento (che conclude il procedimento come l'archiviazione su proposta del Presidente del CDD) eppure alcuni CDD adottano, per analogia, quella procedura di opposizione prevista e specificamente dettata per il secondo tipo di richiamo verbale ex art. 14.4bis (su proposta del Consigliere Istruttore ad istruttoria non ancora conclusa). Con tale opposizione si "chiede", che l'istruttore concluda la fase preistruttoria e non si limiti ad una decisione allo stato degli atti. Il terzo richiamo verbale che arriva a conclusione del dibattimento, con la decisione, potrà e dovrà essere impugnato al CNF. Si è già evidenziato come, per quest'ultimo tipo di richiamo sia ultronea la comunicazione ex art. 28.2 Reg. essendo la decisione comunicata e notificata all'incolpato. Mentre per questo ulteriore (e futuro) richiamo verbale, di cui al progetto di riforma e previsto ex art. 18.1 lett. b) (che sarà novellato) quale disciplina si applicherà ove il segnalato non sia d'accordo con il richiamo verbale disposto dalla Sezione su proposta dal Consigliere Istruttore, questa volta però a fine della sua istruttoria predibattimentale. Il segnalato dovrà impugnarlo al CNF o potrà "opporsi" e chiedere alla Sezione di "rinviare" al Consigliere Istruttore il fascicolo al fine di formulare un capo d'incolpazione o l'archiviazione dello stesso? Il richiamo verbale, futuro ex art. 18.1 lett. b, risulta sprovvisto di una sua specifica "procedura di impugnazione" come non lo è previsto per quello ex art. 14.2 bis (su proposta del presidente del CDD) lasciando così alle diverse sensibilità dei singoli CDD di colmare tale lacuna. Si reputa necessaria una norma specifica che chiarisca la questione ritenendo che, ad esclusione del richiamo verbale ex art. 14.4bis Reg. 2/14 CNF, per cui viene dettata una specifica procedura di opposizione che non può essere applicata per analogia, gli altri tre provvedimenti di richiamo verbale (in quanto definiscono il procedimento disciplinare) possano e debbano essere impugnati esclusivamente innanzi al CNF (come è previsto per quello irrogato a conclusione del dibattimento, ex art. 28 Reg. 2/14 CNF).
- (26) I *kuroko* (uomini vestiti integralmente di nero) nelle rappresentazioni teatrali giapponesi sono presenti sul palcoscenico, ma invisibili al pubblico, in quanto non protagonisti della rappresentazione teatrale, ma risultano necessari per la buona riuscita dello spettacolo: spostando fondali presenti sul palcoscenico, cambiando le scene e gli oggetti, fornendo assistenza tecnica ai protagonisti.