
Comitato Scientifico

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

Comitato di Direzione

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

Responsabile della redazione

Alessandro Barca

COORDINATORI

Sezione di diritto civile

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

Sezione di diritto del lavoro

Corrado Marvasi, Stefano Torchio (ST.TO.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

Sezione di diritto tributario

Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale

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

Sezione di deontologia forense

Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

COLLABORATORI

Sezione di diritto civile

Flavia Abbondanza (FL.A.), Federica Adorni (FAD.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Marzio Bini (MA.BN.), Filippo Biolè, Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Lavinia Botto, Elisa Brigandi (EL.BR.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (FDA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Annamaria De Luca (A.DL.), Raffaella Demaria (R.D.), Gianvittorio Domini (GVD.), Paolo Donadoni, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Gabriele Fazzeri, 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.), Barbara Grasso, Christian Graziano (C.GRA.), Giuseppe Inglese (G.ING.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Fiammetta Malagoli (FMLG.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo (F.M.), Alessandro Nicolini (A.N.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Francesca Paderno (FP), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Mario Riccomagno, Raffaella Romoli (R.RO.), Guida Rovegno (GUR.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Agnese Sgotti (A.SG.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Francesco Massimo Tiscornia, Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Venè, Jenny Verduci (J.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (FA.Z.)

Sezione di diritto del lavoro

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

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

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

Sezione di diritto tributario

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

Sezione di diritto penale

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

Sezione di deontologia forense

Roberta Caprioli, Maria Grazia Gandolfo

Direttore responsabile: Fabrizio Deferrari

Redazione e Amministrazione: c/o Tribunale di Genova

Stampa e diffusione: Janua Srls

Via Ippolito d'Aste 3/10 · 16121 Genova

Tel 010 5956111/21/22 · Fax 010 0986823

www.deferrarieditore.it · info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

In copertina: Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia
Autorizzazione del Tribunale di Genova n. 24 del 22 luglio 1999

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, 22 dicembre 2021 **3**
La responsabilità da contatto sociale nella mediazione bancaria
Gabriele Fazzeri **7**

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 4 maggio 2022 **7**
Il risarcimento del danno subito dal proprietario a causa della mancata consegna dell'immobile illegittimamente occupato.
Francesco Massimo Tiscornia **13**

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 2 maggio 2022 **16**

Massimario 22

Documenti

Brevi riflessioni in tema di protezione internazionale (e non solo)
Salvatore Filippini La Rosa **24**

Quale responsabilità sociale per il magistrato. Umano, troppo umano o dis-umano?
Michele Marchesiello **30**

Sezione di diritto del lavoro

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. lav., 15 settembre 2022 **40**
Il regime normativo delle collaborazioni coordinate e continuative etero-organizzate: l'estensione delle norme che regolano il rapporto di lavoro subordinato ai co.co.co.
Stefano Torchio **42**

Massimario 42

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massimario 48

TAR Liguria, sez. I, 23 novembre 2021 (e altre)
Prime note sul ricorso all'“interpretazione costituzionalmente orientata” nella recente giurisprudenza del TAR Liguria **50**

Documenti

Peculiarità insulare o fallimento della specialità? (osservazioni sparse sull'ultima revisione costituzionale della XVIII legislatura)
Pasquale Costanzo **56**

Sezione di diritto tributario

Massimario 59

Documenti

Il “diritto al silenzio” riconosciuto in sede comunitaria e i suoi effetti in materia tributaria nazionale, con particolare riferimento alla preclusione di una successiva produzione documentale
Antonio Lovisolo **64**

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. II., collegio II, 29 marzo 2022 **70**
La truffa a danno del gruppo Amadori e una discutibile condanna per riciclaggio
Cecilia Gentile **71**

Massimario 78

Sezione di deontologia forense

Documenti

Sentenza penale e procedimento disciplinare
Fabio De Santis **73**

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, 22 dicembre 2021, n. 2795 - Giudice Unico Gibelli.

INTERMEDIAZIONE finanziaria - consulenza bancaria - investimento finanziario puro - collaterale valore di investimento - causa finanziaria - riacquisto.

(Art. 5 Codice del consumo)

MEDIAZIONE - segnalatore - opportunità investimento - clientela non professionale - contatto sociale.

(Artt. 1759 e 1173 c.c.)

Nel caso una banca suggerisca ad un proprio cliente l'acquisto da terzi di diamanti come beni di investimento durevole, alla fattispecie non si applica la disciplina di specie della intermediazione finanziaria. Infatti, il concetto di intermediazione finanziaria è oggettivamente delimitato dal prodotto promosso ed offerto al pubblico. È necessario distinguere le cd. "operazioni di investimento finanziario puro", in cui sono rilevanti solo le caratteristiche finanziarie del prodotto (sicurezza garantita al capitale, rendimento, certezza del rendimento, libertà di disinvestimento, convertibilità etc.) dalle cd. "operazioni con collaterale valore di investimento", collateralità tipica dell'acquisto di ogni bene dotato "anche" di un valore d'uso, artistico, affettivo o culturale. Non bisogna, quindi, confondere il motivo speculativo, che può caratterizzare qualsiasi negozio, con la "causa finanziaria", che prevede sia l'indifferenza assoluta per le caratteristiche intrinseche del bene trattato sia il suo acquisto "dal mercato", al solo e mero fine di conservazione e maggiorazione del corrispettivo economico. Il quadro suddetto non muta in ragione dell'intendimento privato di una delle due parti e neppure di entrambe, se tale intento non incide sull'oggetto dell'operazione. Neppure appaiono decisive pattuizioni accessorie come la stipula anticipata dell'obbligo di riacquisto. (1)

L'incarico conferito dal cliente nel momento in cui lo stesso chieda al consulente bancario di indicare un investimento alternativo in beni durevoli da acquistarsi, nel caso in cui la banca abbia anche reperito la parte alienante e si sia accordata anche con essa per il piazzamento dei beni, assume il carattere di "mediazione" ed obbliga la banca a garantire un acquisto conforme a valori di mercato notori e non a garantire la redditività pro futuro dell'investimento. La posizione suddetta è diversa da quella del mero segnalatore, il quale fornisce solo informazioni in merito ad una determinata opportunità di investimento, senza in alcun modo orientare o consigliare chi ad esso si sia rivolto". Comunque, in ogni caso di informazioni erronee della Banca alla clientela non professionale si integrerebbe un caso "tipizzato" di responsabilità da contatto sociale ex art 1173 c.c., caso in cui "l'istituto" non avrebbe, per il dato normativo indicato, alcun impiego impropriamente "creativo". (2)

(... Omissis...)

Motivi della decisione.

I coniugi attori espongono in citazione in citazione:

- di aver acquistato in comune, nel giugno del 2013, quattro diamanti dalla Intemarket Diamonds, così investendo complessivamente in tale tipo di bene la somma di euro € 31.699,08, con intestazione paritaria;
 - che l'acquisto era avvenuto in sede bancaria, ma acquistando direttamente, mediante la compilazione di moduli, dalla detta Intemarket Diamonds Business (IDB), società poi notoriamente fallita;
 - di essere stati indotti all'acquisto da dipendenti della filiale stessa;
 - che l'acquisto venne loro espressamente consigliato come valido investimento, con esibizione da parte del personale incaricato dalla Banca di materiale vario rappresentativo della capacità di conservazione di valore del bene e con illustrazione delle condizioni di acquisto e di facile ricollocazione, compreso il riacquisto a condizioni di mercato da parte del venditore consigliato;
 - che in precedenza avevano investito unicamente in titoli a scarso rischio, rifuggendo ogni azzardo speculativo, fino a che fu la banca a indirizzare la loro volontà di effettuare un investimento sicuro sull'acquisto di beni materiali di valore, piuttosto che sul fondo già detto;
 - che nel corso del 2017 erano invece informati di uno scandalo pubblico concernente la difficile commerciabilità di diamanti;
 - di aver richiesto pertanto preso contezza di aver ricevuto a titolo di investimento beni preziosi (che si presume siano tuttora in loro possesso) per valore molto inferiore a quanto dichiarato ed avallato dal venditore e dalla banca e poi in effetti successivamente pagato;
- In base alle suddette allegazioni in fatto gli attori sostenevano:
- che alla materia doveva applicarsi la disciplina degli investimenti finanziari;
 - che avevano ricevuto riguardo all'investimento informazioni scorrette da intermediario professionale;
 - che l'AGCOM, con provvedimento 26.757 del 2017, aveva ritenuto la pratica commerciale di IDB gravemente scorretta ex artt. 20, 21 del Codice del Consumo, vietandone la continuazione e comminando importante sanzione;
 - che in particolare era risultato come IDB fornisse un'immagine della "resa" dell'investimento basata sui prezzi crescenti da lei stessa praticati ai nuovi sottoscrittori, così realizzando un pericoloso circolo vizioso che conduceva ad una gravissima sopravvalutazione dei diamanti, ed alla progressiva impossibilità del loro promesso riacquisto;
 - che già dal provvedimento AGCOM, e successivamente dal contenzioso presso il TAR Lazio, ed ancora da atti di indagine della Procura della Repubblica di Milano, emergeva il coinvolgimento della banca quale canale di diffusione privilegiato e strumento per acquisire la fiducia dei risparmiatori ottenendola per via puramente "ambientale" quale "derivazione" dal loro affidamento nella banca e, in via ancor più diretta, grazie al parere favorevole all'investimento dei consulenti bancari;
 - che, pertanto, sussistevano numerosi titoli di responsabilità della Banca convenuta in relazione al danno da essi patito, titoli sia di natura contrattuale, sia di natura extra-
- di esser stati clienti della banca convenuta, quale incorporante della Banco di Chiavari, e precisamente della filiale di Genova n.5, presso la quale detenevano i propri risparmi con accesso alla consulenza bancaria per l'assistenza all'investimento ed il deposito dei titoli;

contrattuale, il tutto collegato al particolare tema della responsabilità da prospetto e da corretta informazione specificamente gravante sui promotori e gestori del risparmio pubblico.

A fronte della domanda suddetta la Banca si è costituita svolgendo le difese e le eccezioni cui si farà cenno per quanto di ragione e, nella sostanza, denegando ogni proprio rilevante ruolo nella vicenda e financo la propria legittimazione passiva, oltre che responsabilità.

L'istruttoria è essenzialmente consistita in scambi di memorie e depositi documentali.

Al termine della stessa è intervenuta in causa ASSOUTENTI APS con intervento adesivo dipendente a sostegno delle ragioni attoree. La stessa ha affermato la propria legittimazione e fornito un vasto quadro generale del contesto dei fatti inteso a sottolineare, a mezzo ampi riferimenti ad altri procedimenti di natura penale, il quadro generale della vicenda.

Il Tribunale ritiene che la causa possa essere decisa sulla base delle articolate deduzioni delle parti, indirizzate espressamente su punti ritenuti di rilievo quantificatorio con la concessione di una ulteriore memoria, oltre a quelle di rito, sulla base delle prove documentali dedotte ed in particolare sulla base dei fatti accertati nei provvedimenti dell'AGICOM 30 ottobre 2017 nel contesto dei quali è ampiamente descritta, ed altresì qualificata, sia pur in termini non vincolanti ai fini del presente giudizio, la condotta della banca convenuta.

Si deve infatti rammentare che, in ordine ai fatti accertati, la pronuncia suddetta è dotata di forza probatoria (Cassazione civile, sez. I, 05/07/2019, n. 18176) e, sui punti che si reputano essenziali sotto riportati non è oggetto, nel caso concreto, di sostanziale contestazione.

Nonostante l'insistenza sul punto i riferimenti alle indagini penali agli atti di parte attrice e di parte intervenuta non appaiono dotati di significato ulteriore sotto il profilo della elaborazione delle decisioni.

I motivi che hanno mosso la banca a seguire la prassi di assecondamento della collocazione di diamanti per cui è causa, l'articolarsi interno di tali motivi, la stessa consapevolezza interna di eventuali profili illeciti dell'operazione, non mutano la natura delle dichiarazioni delle parti, l'oggetto delle stesse e il quadro normativo di riferimento. Il dato, questo sì ulteriore, della natura giuridico/economica dei rapporti BPM/IDB emerge già con chiarezza più che sufficiente dalle altre fonti indicate.

Si può quindi ritenere accertato che l'acquisto di preziosi per cui è causa sia avvenuto nel seguente contesto.

Tra la IDB e la Banca sussisteva un preciso accordo contrattuale in base al quale la seconda si impegnava a segnalare ai propri clienti la possibilità di eseguire un investimento in diamanti e (nella specie di eseguirlo mediante IDB), a consegnare il materiale informativo, a mettere in contatto le parti, ed infine a facilitare la conclusione del contratto, senza peraltro intermediazione diretta con procura, ovvero indiretta, per acquisto e rivendita in proprio e remissioni in base a mandato. La Banca si rendeva però disponibile ad accogliere la stipula presso i propri locali ed a fare le dovute trasmissioni e comunicazioni. A sua volta IDB si impegnava a fornire i diamanti richiesti in ragione delle somme che i clienti della banca volevano investire ed a prenderli in deposito.

Per il servizio era prevista una commissione in favore della Banca (non accertata per il caso di specie, ma spesso superiore al 10% -in casi del tutto analoghi-, ed in tesi attorea del 14%) del valore di transazione. Era prevista anche la fornitura e l'esibizione "in agenzia" del materiale informativo. Ancora

era previsto il riacquisto dei beni a richiesta dei "clienti" da parte della fornitrice IDB. Oltre a ciò risulta tuttavia l'estraneità sostanziale e formale della banca alla transazione; era inoltre dichiarata, ma necessariamente con solo effetto tra le parti che dichiaravano, la volontà contraria delle stesse in ordine alla assunzione di qualsivoglia responsabilità della banca stessa sulla compravendita della merce di valore, compravendita da intendersi, ad ogni effetto, occorsa tra terzi.

Dalla fonte detta emerge tuttavia, che la IDB, a fonte delle somme investite, forniva ai diamanti di qualità primarie correttamente dichiarate, ma di prezzi non congrui, essenzialmente perché non tratti dagli indici più noti ed obiettivi di mercato (primo tra tutti il valore c.d. Rapaport dal nome dato all'indice dall'ideatore), ma piuttosto tratti dal valore delle sue stesse vendite, sicché più IDB piazzava diamanti mediocri a prezzi elevati, più poteva affermare che essi, per sue stesse statistiche, fossero di alto valore.

Anche qui non vi è radicale contestazione della Banca, che neppure in questa sede si è difesa con negatoria assoluta, ma ha solo interloquito nel *quantum* (richiedendo anche CTU estimativa).

A fronte dei fatti suddetti, lamentato come danno il cattivo investimento effettuato, parte attrice fa risalire il medesimo alla responsabilità della banca e chiede di essere dalla stessa tenuta indenne in ragione di una responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale dell'istituto bancario. La stessa avrebbe infatti illecitamente concorso a cagionargli tale danno. L'illeceità della condotta della banca è ricondotta a molteplici profili quali la stessa violazione del codice del consumo, la violazione di doveri di correttezza e buona fede e, come detto, anche e soprattutto la violazione degli obblighi dell'intermediario finanziario.

A fronte di ciò la banca, sottolinea la propria assoluta estraneità al contratto di compravendita dei preziosi e, reietta su tale base ogni ipotesi di responsabilità contrattuale, denega ogni possibile costruzione intesa al riconoscimento della responsabilità suddetta.

Nonostante una certa ridondanza, ed al contempo vaghezza, nelle qualificazioni di diritto contenute nella prospettazione attorea, nondimeno i fatti precisamente dedotti, e pacifici nel modo e nella misura suddetta, evocano effettivamente un titolo di responsabilità contrattuale della banca, titolo riconosciuto il quale, per i motivi che seguono, la domanda attorea di risarcimento va accolta nella misura che si vedrà e previa la detta riqualificazione del titolo contrattuale. Non pare avere nel caso autonoma influenza un'ipotesi di responsabilità extra-contrattuale. Quanto sopra è espressione dell'orientamento già manifestato da questo Tribunale danna sentenza resa in data 31.12.2020 n. 2273, largamente pubblicizzata.

Nel confermare l'orientamento già espresso si analizzano qui brevemente i possibili profili responsabilizzanti della banca per la già descritta operazione.

Si deve innanzitutto escludere ogni rilievo in materia degli specifici obblighi dell'intermediario finanziario di cui al d.lgs. 58/98 (conformi Trib. Milano 29/10/19 n. 28 e Trib. Parma 26.11.18). Il concetto di intermediazione finanziaria infatti è delimitato anche sotto il profilo oggettivo, ovvero del prodotto promosso ed offerto al pubblico.

Sotto tale profilo è necessario distinguere le operazioni di investimento finanziario puro, in cui sono rilevanti solo del "caratteristiche finanziarie" del prodotto (sicurezza garantita al capitale, rendimento, certezza del rendimento, libertà di disinvestimento, convertibilità etc.) dalle operazioni con "collaterale valore di investimento", collateralità tipica dell'acquisto

di ogni bene dotato “anche” di un valore d’uso, artistico, affettivo o culturale (immobili di vario uso, terreni, mobili di pregio, pellicce di valore, auto storiche, opere d’arte, monete coniate di valore numismatico, e, appunto, gioielli e gemme). Se anche l’impiego speculativo e la mediazione nel loro acquisto si potesse qualificare come attività finanziaria in concetto di intermediario finanziario si dilaterrebbe enormemente e con esso la correlativa disciplina che finirebbe per perdere il carattere di specificità settoriale che, invece, chiaramente si auto/attribuisce.

Non bisogna quindi confondere il motivo speculativo, che può caratterizzare qualsiasi negozio con la “causa finanziaria” che prevede l’indifferenza assoluta per le caratteristiche intrinseche del bene trattato ed il suo acquisto “dal mercato” al solo e mero fine di conservazione e maggiorazione del corrispettivo economico, restando del tutto esclusa, ovvero relegata ad ipotesi accidentale, l’evenienza della “detenzione definitiva e perpetua del bene” invece destinato, in via ordinaria, alla restituzione “al mercato”, esaurita la funzione di “custodire” il controvalore in esso investito.

Il quadro suddetto non muta in ragione dell’intendimento privato di una delle due parti e neppure di entrambe, se tale intento non incide sull’oggetto dell’operazione. Neppure appaiono decisive pattuizioni accessorie come la stipula anticipata dell’obbligo di riacquisto, finalizzate a caratterizzare maggiormente, *per accidentalità*, l’acquisto di un bene in senso finanziario. Il tutto salva forse l’ipotesi in cui sia posta in discussione la reale disponibilità del bene destinato a svolgere una funzione di mera garanzia di un valore, ipotesi che, tuttavia, non ricorre nel caso.

Dalla esclusione detta deriva innanzitutto l’inapplicabilità, quale fondamento della responsabilità in esame, del complesso articolato di norme che regolano l’operatività degli intermediari professionali, anche sotto il profilo delle speciali conseguenze del disattendimento di tali obblighi ed in particolare la non invocabilità, nel caso, della nullità di cui all’art. 23, comma 3, del detto D.lgs. n. 58 del 1998, degli artt. 1,21,42 in relazione agli specifici obblighi di informazione e di valutazione di adeguatezza. Il che, come si vedrà non significa tuttavia il difetto di ogni tutela.

Altra conseguenza, di ordine quantificatorio, della posizione assunta, non di minor rilievo, consiste nel fatto che ogni possibile responsabilità della banca, per il caso in esame, non può essere ricondotta alla “qualità dell’investimento,” (sua idoneità o meno alla conservazione e/o all’incremento del capitale), ma può avere unicamente ad oggetto l’alterazione dell’equilibrio del negozio di mero scambio, negozio caratterizzato dall’investimento solo quale motivo. Ne segue che, anche ove ritenuta la responsabilità, non sarebbero corrette quantificazioni che facessero appello ad un onere della banca di vigilare l’andamento del prezzo del bene acquisto e/o di proporre in una certa data la sua commutazione con altro in grado di fornire maggiore resa.

Proseguendo nella valutazione dei possibili titoli di responsabilità della banca si deve osservare che, non è autonomamente rilevante nel caso, unicamente per assorbimento, il tema della responsabilità da contatto sociale, ma la disamina dell’ipotesi consente comunque il reperimento di un primo titolo di responsabilità *ex lege* della banca per quanto occorso. L’istituto è di frequente uso per una rivisitazione, spesso forzata, di un’ipotesi di responsabilità extracontrattuale, con sua trasformazione, per via interpretativa, in una di responsabilità contrattuale. In proposito viene notoriamente valorizzata la possibilità

del sorgere di obbligazioni da fatti diversi dal contratto o dall’illecito, in conformità all’ordinamento (art. 1173 cc). Il tribunale predilige una interpretazione restrittiva (che si reputa conforme ad un principio di libertà) per la quale tali fatti (fonti di obbligazioni) debbano comunque avere una cornice normativa sufficientemente definita anche sotto il profilo soggettivo. Ad esempio risulta ben inquadrabile nella categoria in esame la responsabilità precontrattuale, ove la circostanza di base per il sorgere della responsabilità sono (ex lege) le trattative, ed i soggetti potenziali parti dell’obbligazione sono (ex lege) i possibili contraenti. Anche in materia sanitaria il ricorso al contatto sociale ha di certo un sufficiente fondamento normativo ove ci si riferisca alla responsabilità delle strutture (il cui obbligo di cura verso il pubblico ha preciso fondamento), mentre risulta velleitario con riferimento al medico non contraente col paziente, soggetto la cui responsabilità solo extracontrattuale ed stata alla fine ribadita ex lege (cd legge Gelli).

Nel campo in esame attualmente l’istituto potrebbe avere spazio, posto che l’art. 5 del dlgs 206/05 (codice del consumo) pone con chiarezza un obbligo di correttezza, verso il consumatore, non solo in capo all’alienante, ma anche agli intermediari che intervengono nei contratti mediante i quali avviene la distribuzione dei beni. Nondimeno, come cennato, il tema non risulta, nella sua complessa articolazione, sufficientemente sviluppato tra le ragioni di diritto della domanda esposte in citazione, inoltre è in parte assorbito dalla più propria ipotesi di seguito sviluppata.

Il profilo più propriamente dedotto, al fine di ritenere una responsabilità della banca è quello della sua diretta responsabilità contrattuale ex art. 1216 e 1856 del cc..

Anche il suddetto profilo risulta in citazione dedotto piuttosto implicitamente, nondimeno il ripetuto riferimento alla posizione di “consulente” ed “intermediario” assunta dalla banca, ed alla violazione da parte sua degli obblighi di buona fede, conferiscono senza meno una certa consistenza di fatto, fin dall’origine, a tale deduzione.

È poi evidente la sussistenza della podestà del Tribunale di esatamente riconsiderare, in base alle evidenze di causa a che schema contrattuale possano ricondursi le dette intermediazioni e consulenze fin dall’origine dedotte.

In proposito pare implicito, anche alla narrativa attorea, che la richiesta del cliente alla banca fosse quella di realizzare un investimento su valore “intrinseco”, e quindi, ancora implicitamente, quello di ricercare una controparte per un acquisto di beni dotati di tale valore, al fine di realizzare un investimento di natura non finanziaria, beni che la banca certamente non trattava quale oggetto ordinario degli investimenti da essa stessa gestiti direttamente.

Peraltro, dalla stessa documentazione prodotta in atti la Banca risulta essere stata incaricata di IDB, della ricerca, nella sua clientela, di soggetti interessati all’acquisto di diamanti che la IDB stessa proponeva. Il tutto con correlativa provvigione, di oltre il 10% o più, in caso di successo.

La posizione della banca, così “auto descritta” dalla stessa, pare al Tribunale, nel concreto del caso, del tutto assimilabile alla posizione tipica del mediatore incaricato della ricerca di una affare, nel caso, da ambo le parti potenziali dello stesso.

Si può ulteriormente dettagliare in che termini e su quali basi la posizione della banca nel caso di specie possa essere ravvicinata a quella di un ordinario mediatore.

L’incarico da parte del cliente, nella ricostruzione dei fatti nel contesto dello schema giuridico in esame, è conferito nel momento in cui lo stesso, deciso un disinvestimento, nel contesto del normale rapporto di assistenza negli investimenti finanziari

(consulenza bancaria), chieda al medesimo consulente bancario di indicare un investimento alternativo in beni durevoli, o comunque si dimostri interessato ai suggerimenti “spontaneamente offertigli” e richieda indicazioni maggiormente concrete per procedere in tal senso. (È esattamente quanto avvenuto, e la banca è stata ben lieta di rispondere all’interesse del cliente, anzi lo ha sollecitato lei stessa)

L’incarico da parte del venditore di beni (nel caso IDB) si individua invece in concreto, poiché risulta per iscritto e prevede anche, come visto, una consistente provvigione.

L’accenno, fatto nelle intese suddette, ad una “collaborazione” tra la Banca ed IDB, non è incompatibile con la mediazione, posto che tale collaborazione si esaurisce del tutto nel “piazzamento” dei diamanti in questione, ovvero nell’incarico stesso, non costituendo un *pruis* con esso incompatibile. Neppure la banca si può ritenere “agente” di IDB perché ciò è incompatibile con la posizione dei soggetti cui indirizzare la vendita che sono, a loro volta, “clienti della banca per altra causa” (rapporti di deposito o di conto corrente), di modo tale che la banca non risulta autorizzata ad agire verso di loro se non nella posizione di neutralità tipica del mediatore.

La posizione suddetta è anche ben diversa da quella del mero segnalatore (posizione alla quale la Banca richiederebbe espressamente di essere ascritta) Questo soggetto fornisce solo informazioni in merito ad una determinata opportunità, ma certo non “orienta” e non “consiglia” e, peraltro, ben raramente ha provvigione del 10%. La banca, inoltre, non si limitava affatto al segnalamento. Piuttosto faceva incontrare la domanda e l’offerta di un certo prodotto essendo peraltro obbligata da correttezza contrattuale sia nei confronti di chi cercava il prodotto sia nei confronti di chi disponeva del prodotto.

La banca ha operato come un mediatore e quindi ne aveva gli obblighi di correttezza, informazione e neutralità.

Il suo diritto verso l’offerente consisteva in una vera provvigione, quello verso i clienti si inseriva nell’equilibrio sinallagmatico dei contratti bancari in atto, non certo gratuiti, e nel contesto dei quali, la prestazione di sostegno negoziale si collocava.

Nella posizione di mediazione, particolarmente qualificata, concretamente assunta, la banca doveva rispettare il portato dell’art. 1759 del cc in base al quale il mediatore deve comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell’affare, circostanze tali da poter influire sulla conclusione di esso. Appare pacifico che, nonostante il mediatore non sia tenuto ad una attiva ricerca di informazioni sul bene che tratta, il suo dovere di verità sia esteso alle circostanze da lui facilmente conoscibili (a domanda o mediante la consultazione di fonti di informazione notorie), ovvero in relazione alla quali siano state richieste espresse informazioni dal cliente. Nel caso tale “conoscibilità” va valutata alla luce della specialità della diligenza bancaria ed in ragione del fatto che la richiesta dei clienti alla banca sul punto era, ovviamente, determinata proprio dalla fiducia nella capacità di stima e valutazione della banca. Ancora la banca era tenuta a tale correttezza dal citato art. 5 del codice del consumo, come ogni intermediario. La sua obbligazione quindi sussisterebbe anche se si ritenesse insussistente un vero contratto col cliente in proposito. In tali specifici e circoscritti termini tornerebbe di rilievo la figura del “contatto sociale qualificato” che sarebbe, nel caso, “normativamente qualificato”. (Nel senso e nei limiti appena detti, posto che la mediazione si intende instaurata con cliente in forza di un incarico effettivo). La banca, investita di un duplice mandato, doveva mantenere una condotta diligente, fin che possibile, nei confronti di ambo le controparti. Se era quindi legittimo che proponesse l’investimento in diamanti (in sé non certo critico o bizzarro e spesso,

nel lungo termine, fruttuoso) era altrettanto vero che la diligenza dovuta nei confronti del suo cliente, cui forniva volontariamente una occasione contrattuale, le imponeva di informare lo stesso di eventuali condizioni concrete di convenienza dell’investimento proposto. Se ciò avesse fatto, come dovuto, la Banca si sarebbe avveduta con estrema facilità del prezzo incongruo dei diamanti, piazzati invece acriticamente, ed avrebbe dovuto o ottenere un minor prezzo da IDB, o rinunciare all’incarico della stessa, essendo a tal punto impossibile onorare l’obbligo di correttezza assunto con il cliente nel momento in cui poneva le sue capacità a disposizione dello stesso, anche per un investimento atipico.

L’inadempimento della Banca consiste nel non aver fatto quanto sopra violando così al contempo il mandato del cliente e l’obbligo del mediatore di correttamente informare chi induce alla stipula di un contratto.

Da ultimo potrebbe considerarsi il titolo extracontrattuale pure sotto il profilo del danno arrecato alla autonomia contrattuale del cliente. Si tratta tuttavia di ipotesi che esigerebbe di valorizzare, con maggior fatica, condotte di partecipazione attiva e quantomeno colposa in quella dotata di obiettivi caratteri fraudolenti (quantomeno nel senso del dolo contrattuale) di IDB. L’onere istruttorio conseguente non pare necessario per i motivi detti.

Sotto il profilo risarcitorio, ristabilito l’equilibrio negoziale, non vi è spazio di altro risarcimento, neppure non patrimoniale, per difetto di danni conseguenza comprovati.

Definito il titolo responsabilitario positivamente apprezzabile, tra quelli dedotti più o meno esplicitamente, occorre parametrare ad esso il risarcimento riconosciuto.

Il parametro controfattuale da considerare nell’operazione suddetta è, a questo punto e per le premesse fatte, l’ipotesi di una “corretta assistenza al cliente” e dell’avvio dello stesso ad un “buon acquisto di diamanti”, cosa che era certamente nelle possibilità della banca.

Il risarcimento va quindi calcolato comparando il “valore capitale investito per acquistare diamanti”, col “valore di realizzo dei diamanti acquistati”. La somma riconosciuta a titolo di risarcimento deve “conciliare” i due valori menzionati e reintegrare, ora per allora, la specifica utilità che, nello specifico campo del suo concreto intervento, la banca ha negato al proprio cliente, violando un suo obbligo.

Nondimeno il fatto che si sia fuori dal rapporto di intermediazione finanziaria esclude che alla Banca spettasse, nel caso, una vera e propria “protezione dell’investimento” e, ad ancora maggior ragione, che tale obbligo di protezione dell’investimento perdurasse nel tempo. Da quanto sopra discendono tre conseguenze essenziali.

1) la prima è che la stima del “danno da omessa assicurazione di un acquisto congruo” può essere fatta in base a parametri standard ed a valori prudenziali, e non richiede una determinazione esatta del valore delle gemme (dal che il disattendimento della reiterata istanza formulata *hinc et inde* di valutazione a mezzo CTU);

2) la seconda è che l’andamento negativo del valore dei diamanti, successivo al momento di evidenza degli obblighi bancari particolari ritenuti (ovvero la fluttuazione successiva alla conclusione dell’affare) non è di alcun rilievo, perché la banca doveva solo assicurare un acquisto normale al momento della sua realizzazione e non proteggere un investimento finanziario; Nel sistema di determinazione del danno già delineato (differenza tra valore monetario investito e valore intrinseco acquistato) la variazione successiva di valore dei diamanti verrebbe invece in rilievo se fosse positiva, e tanto a titolo di *compensatio*

lucru cum damno, posto che il danno originario sarebbe compensato da un recupero fattuale successivo del troppo basso “valore acquistato”.

3) Non va sottratto dal risarcimento il valore delle gemme trattate da parte attrice. Infatti il metodo prescelto consiste in una mera riconduzione a normalità del negozio in esame. Una volta “rettificato” l’acquisto dei diamanti, col sistema detto non ha più alcun rilievo diminutivo il fatto che essi permangano nelle mani del compratore, essendo quanto sopra del tutto naturale. Diversamente sarebbe se si fosse in principio posta l’ipotesi di considerare come “interamente perduto” il capitale iniziale investito”. In tal caso si sarebbe dovuto dare correttivamente atto che, a fronte dell’erogazione del capitale un valore era tuttavia conservato a mani del compratore. Ancora una volta tuttavia si sarebbe adottata una ricostruzione del danno “inclusiva” del corso del bene successivo all’acquisto, mentre, fuori dal settore del risparmio gestito e della intermediazione finanziaria, tale protezione di lungo periodo è estranea alla diligenza della banca. Fatte le precisazioni di maggior momento ne occorrono altre e minori sui termini della liquidazione che segue.

Sembra del tutto legittimo, nell’ottica generica e prudenziale assunta, procedere, nella determinazione del valore acquistato in diamanti alla conclusione dell’affare, dal “valore Rapaport” delle gemme risultante dai c.d. listini “Rapaport”, che sono di comune riferimento in materia e le cui quantificazioni sono riportate, in relazione alle indiscusse qualità delle stesse, nelle memorie istruttorie speciali concesse alle parti.

Appare necessario abbattere il valore detto del 20% posto che il “valore Rapaport” è espresso per operatori professionali, mentre ceduta la gemma ad un consumatore, la sua isolata re-immissione nel circuito commerciale, sconta certamente una sorta di “prezzo del riacquisto” (gli operatori professionali non hanno infatti un pregnante interesse al riacquisto dovendo essere indotti ad agire in direzione contraria al loro ordinario commercio da una evidente convenienza).

D’altro lato per “valore monetario destinato all’acquisto di diamanti e corrispettivo agli stessi” deve considerarsi la somma versata depurata dell’IVA e del margine per il venditore. Infatti tali iniziali “poste negative” dell’investimento sussistono sempre, sia che il prezzo concordato sia corretto che scorretto. Non si tratta di denaro corrispondente al valore acquistato, ma di denaro speso per l’acquisto per poterlo realizzare o per averlo realizzato. Non si tratta quindi di somme da includere nell’operazione di rettifica economica che ci si prefigge per determinazione del danno. Nondimeno, nella sottrazione dall’investito del “margine” del venditore, si deve adottare il modello di una “buona occasione” fornita dalla banca, ovvero il modello corrispondente all’ipotesi controfattuale di corretto esercizio della mediazione bancaria nel caso. Il margine va quindi considerato modesto. Sembra quindi corretto operare il passaggio da mero capitale erogato a controvalore monetario attribuito ai diamanti nell’operazione, sottraendo al primo valore monetario il 30% della sua entità, percentuale che si stima corrispondere alla doppia riduzione per IVA e margine del venditore, nel contesto di un buon affare che rientrasse nelle possibilità della banca procurare.

Ne discende in concreto il seguente calcolo.

a) valori Rapaport all’epoca euro	€ 13.013,41
b) valore di realizzo dell’acquisto all’epoca	€ 10.410,73 (a -20%)
c) somma totale impiegata nell’acquisto	€ 31.699,08
d) somma netta destinata a diamanti	€ 22.189,35 (c-30%)
DANNO RISARCIBILE	€ 11.778,62 (d-b)
VALORE ATTUALE INFERIORE A b)	() nessuna rettifica.

Conformemente va pronunciata condanna della Banca convenuta.

Gli accessori sono dovuti dal momento stesso dell’acquisto, compresa la rivalutazione monetaria essendo il debito di valore. Le spese si liquidano nella misura ordinaria di cui ai DDMM 55/14 e 37/18.

Risultano fondate anche le conclusioni dell’interveniente adesiva per la quale tuttavia, rilevato che non pare aver apportato alcun elemento nuovo al giudizio, nel quale è intervenuta in limite, si reputa equa la compensazione integrale.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni ulteriore domanda ed istanza ed ogni contraria eccezione reietta, visti gli artt. 275 e ss, 281 quinquies c. 1 del c.p.c.: condanna parte convenuta a versare alle parti attrici, creditrici in solido per pari quota, la somma di euro 11.778,62 a titolo di danno patrimoniale, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali combinati dalla data dell’acquisto ad oggi ed i soli interessi compensativi di legge sulla somma detta da oggi fino a saldo; (...omissis...)

(1-2) La responsabilità da contatto sociale nella mediazione bancaria.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Il fatto. - 3. Il concetto di intermediazione finanziaria. - 4. La responsabilità da contatto sociale e la qualificazione giuridica della condotta. - 5. Il risarcimento del danno. - 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Con la sentenza del 21 settembre 2021 il Tribunale di Genova si è pronunciato in ordine alla responsabilità della Banca BPM S.p.A., per mezzo della cui intermediazione, gli attori acquistavano quattro diamanti da una società, sulla base di prezzi non congrui, in quanto non tratti dal valore cd. Rapaport, bensì con riguardo ai valori tratti dalle vendite della società venditrice, poi dichiarata fallita.

In questa pronuncia il Giudice genovese offre un’interessante qualificazione della condotta tenuta dalla banca convenuta, confrontando il negozio giuridico della mediazione con la figura del mero segnalatore, al contempo ridefinendo l’ambito applicativo del testo unico sull’intermediazione finanziaria.

2. Il fatto.

Nella presente controversia due coniugi, clienti della Banca BPM S.p.A., la quale aveva precedentemente incorporato il Banco di Chiavari, detenevano presso di essa i propri risparmi, godendo del servizio di consulenza bancaria per l’assistenza all’investimento ed al deposito di titoli.

Nel giugno del 2013 la coppia acquistava quattro diamanti dalla Intermaket Diamonds Business, investendo la somma complessiva di 31.699,08 €, con intestazione paritaria: alla stipula dell’accordo si provvedeva in sede bancaria, ma i coniugi acquistavano direttamente dalla succitata società, mediante la compilazione di moduli della stessa.

Seguiva la dichiarazione di fallimento della società IDB.

In sede giudiziale, gli attori dichiaravano di essere stati indotti all’acquisto dai dipendenti della filiale, convenuta in giudizio, presso cui detenevano i risparmi.

I coniugi, infatti, sostenevano che l’acquisto dei quattro diamanti fosse stato loro consigliato come un valido investimento, con esibizione, da parte del personale incaricato dalla banca, di materiale rappresentativo della capacità di conser-

vazione di valore del bene e con illustrazione delle condizioni di acquisto e di facile ricollocazione, compreso il riacquisto, a condizioni di mercato, da parte del venditore consigliato.

Va ricordato che già in precedenza gli attori avevano investito, ma solo ed unicamente in titoli a scarso rischio, senza alcun azzardo speculativo, essendo stati indirizzati dalla banca ad effettuare un investimento sicuro in beni materiali di valore (quali i diamanti) invece che sul fondo di cui erano titolari. Successivamente, nel corso del 2017, venivano a conoscenza di uno scandalo pubblico, relativo alla difficile commerciabilità dei diamanti, comprendendo di aver ricevuto a titolo di investimento beni preziosi, tuttora in loro possesso, per valore molto inferiore a quanto dichiarato ed avallato dal venditore e dalla banca e poi, in effetti, successivamente pagato.

In sede di giudizio e di istruttoria, i due coniugi sostenevano che alla controversia pendente avrebbe dovuto essere applicata la disciplina degli investimenti finanziari, atteso che gli stessi avevano ricevuto informazioni scorrette da un intermediario professionale, ovvero dalla banca convenuta in giudizio, presso cui era acceso il loro fondo di investimento.

A sostegno della sua tesi, parte attrice evidenziava come già l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato avesse ritenuto gravemente scorretta la pratica commerciale di IDB, vietandone la continuazione e comminando un'importante sanzione, in quanto lesiva degli artt. 20 e 21 del Codice del Consumo, come da provvedimento 26757 del 2017.

In particolare, era risultato come IDB fornisse un'immagine della "resa" dell'investimento basata sui prezzi crescenti da lei stessa praticati ai nuovi sottoscrittori, così realizzando un pericoloso circolo vizioso che conduceva ad una gravissima sopravvalutazione dei diamanti, oltre alla progressiva impossibilità del loro promesso riacquisto.

Dal giudizio amministrativo di impugnazione del provvedimento sanzionatorio dell'autorità garante e dal procedimento penale, nel frattempo instaurato dalla Procura della Repubblica di Milano, emergeva il coinvolgimento della banca quale canale di diffusione privilegiato e strumento per acquisire la fiducia dei risparmiatori, ottenendola per via puramente "ambientale" quale "derivazione" dal loro affidamento nella banca e, in via ancor più diretta, grazie al parere favorevole all'investimento dei consulenti bancari.

Sulla base dei fatti così riportati, gli attori ritenevano sussistenti plurimi profili di responsabilità, non solo a titolo contrattuale ed extracontrattuale, ma anche in relazione alla responsabilità da prospetto e da corretta informazione, gravante sui promotori e gestori del pubblico risparmio.

3. Il concetto di intermediazione finanziaria.

Sulla base dell'attività istruttoria svolta, il Tribunale di Genova riconosce come tra la IDB e la Banca sussistesse un preciso accordo contrattuale, in base al quale la seconda si impegnava a segnalare ai propri clienti la possibilità di eseguire un investimento in diamanti (nei fatti eseguito mediante IDB), a consegnare il materiale informativo, a mettere in contatto le parti ed infine a facilitare la conclusione del contratto, senza peraltro intermediazione diretta con procura, ovvero indiretta, per acquisto e rivendita in proprio e remissioni in base a mandato. La Banca si rendeva, però, disponibile ad accogliere la stipula presso i propri locali ed a fare le dovute trasmissioni e comunicazioni. A sua volta IDB si impegnava a fornire i diamanti richiesti in ragione delle somme che i clienti della banca volevano investire ed a prenderli in deposito.

Per il servizio la banca e la società prevedevano una commissione in favore della prima, il cui ammontare non è stato ac-

certato nel caso di specie, sebbene la stessa sia spesso superiore al 10 % in casi analoghi e, secondo la tesi attorea, pari al 14% del valore di transazione.

Si stabiliva, inoltre, la fornitura e l'esibizione "in agenzia" del materiale informativo, con contestuale previsione del riacquisto dei beni a richiesta dei "clienti" da parte della fornitrice IDB. Oltre a ciò, la banca risulta sostanzialmente e formalmente estranea alla transazione, essendo stata dichiarata, con solo effetto tra le parti, la volontà contraria delle stessa in ordine alla assunzione di qualsivoglia responsabilità sulla compravendita della merce di valore, compravendita da intendersi, ad ogni effetto, occorsa tra terzi.

Dalla fonte detta emerge, tuttavia, che la IDB, a fonte delle somme investite, forniva sì diamanti di qualità primarie correttamente dichiarate, ma di prezzi non congrui, essenzialmente perché non tratti dagli indici più noti ed obiettivi di mercato (primo tra tutti il valore c.d. Rapaport), ma piuttosto tratti dal valore delle sue stesse vendite, sicché più IDB piazzava diamanti mediocri a prezzi elevati, più poteva affermare che essi, per sue stesse statistiche, fossero di alto valore.

A fronte dei fatti suddetti, la cui comprensione è imprescindibile per meglio comprendere l'attività interpretativa del Giudice genovese e la conseguente qualificazione giuridica della condotta contestata, parte attrice, lamentato come danno il cattivo investimento effettuato, fa risalire il medesimo alla responsabilità della banca e chiede di essere dalla stessa tenuta indenne, in ragione di una responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale dell'istituto bancario.

La stessa avrebbe, infatti, illecitamente concorso a cagionargli tale danno: l'illiceità della condotta della banca è, infatti, ricondotta a molteplici profili quali: la stessa violazione del codice del consumo; la violazione di doveri di correttezza e buona fede e, come detto, anche e soprattutto la violazione degli obblighi dell'intermediario finanziario.

Anticipando la soluzione del Tribunale, il Giudice adito ritiene che, nel caso in questione, sia ravvisabile solo ed esclusivamente una responsabilità a titolo contrattuale, non ricorrendo ipotesi di responsabilità aquiliana.

La sentenza, quindi, si concentra sulla qualificazione giuridica della condotta tenuta dalla banca convenuta, approfondendosi sulla nozione di "intermediazione finanziaria" e dando una lettura sistematica e complessiva della relativa responsabilità. Nella motivazione si legge, dunque, che "*Il concetto di intermediazione finanziaria infatti è delimitato anche sotto il profilo oggettivo, ovvero del prodotto promosso ed offerto al pubblico*".

Così delimitato l'ambito di applicazione della disciplina di cui al Testo Unico sull'intermediazione finanziaria, il Giudice genovese evidenzia come si debba distinguere tra le operazioni di "*investimento finanziario puro, in cui sono rilevanti solo le caratteristiche finanziarie del prodotto (sicurezza garantita al capitale, rendimento, certezza del rendimento, libertà di disinvestimento, convertibilità etc.)*" e le operazioni con "*collaterale valore di investimento*", laddove la collateralità ricorre in quanto "*tipica dell'acquisto di ogni bene dotato "anche" di un valore d'uso, artistico, affettivo o culturale (immobili di vario uso, terreni, mobili di pregio, pellicce di valore, auto storiche, opere d'arte, monete coniate di valore numismatico, e, appunto, gioielli e gemme)*". Si deve, perciò, distinguere, da una parte, il motivo speculativo, tipico di qualsiasi negozio con la "*causa finanziaria*" che prevede l'indifferenza assoluta per le caratteristiche intrinseche del bene trattato, cui si contrappone, dall'altra, il suo acquisto "*dal mercato*", in cui sussiste solamente il fine di conservazione e maggiorazione del corrispettivo economico. Ecco, dunque, che nell'economia generale dell'operazione di

investimento non rileva l'intendimento privato di una delle due parti e neppure di entrambe, quando lo stesso non incida sull'oggetto dell'operazione: in tal senso, non appaiono decisive nemmeno le pattuizioni accessorie, quali la stipula anticipata dell'obbligo di riacquisto.

L'unico caso dubbio, che lo stesso Tribunale introduce, potrebbe riconoscersi quando *“sia posta in discussione la reale disponibilità del bene destinato a svolgere una funzione di mera garanzia di un valore, ipotesi che, tuttavia, non ricorre nel caso”*. Pertanto, la sentenza esclude la possibilità di riscontrare qualsiasi ipotesi di responsabilità da intermediazione finanziaria, venendo meno il presupposto per contestare all'istituto bancario, convenuto in giudizio, l'inadempimento degli obblighi di informazione e di valutazione di adeguatezza: nel caso di specie, l'investimento rileva solo come motivo, in quanto *“non sarebbero corrette quantificazioni che facessero appello ad un onere della banca di vigilare l'andamento del prezzo del bene acquisto e/o di proporre in una certa data la sua commutazione con altro in grado di fornire maggiore resa”*.

4. La responsabilità da contatto sociale e la qualificazione giuridica della condotta.

La sentenza si concentra, dunque, sul titolo della responsabilità, soffermandosi, in particolare, sulla responsabilità da contatto sociale e su quella *ex lege*.

Con un'argomentazione che tradisce la condivisione di quella parte della dottrina avversa alla teoria del “contatto sociale”, la pronuncia contesta la prassi di sfruttare tale istituto, di matrice giurisprudenziale, per rivisitare un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale in una di fonte contrattuale.

Sebbene l'art. 1173 c.c. individui la fonte dell'obbligazione anche in fatti diversi dal contratto o dall'illecito, tuttavia *“il tribunale predilige una interpretazione restrittiva (che si reputa conforme ad un principio di libertà) per la quale tali fatti (fonti di obbligazioni) debbano comunque avere una cornice normativa sufficientemente definita anche sotto il profilo soggettivo”*.

La sentenza, dunque, con estrema sintesi e chiarezza espositiva, offre una rivisitazione della responsabilità precontrattuale, evidenziando come la stessa tragga la propria legittimazione proprio dalla legge e non, come generalmente affermato, dalla teoria del cd. *“contatto sociale”*.

Si legge, infatti, che *“risulta ben inquadrabile nella categoria in esame la responsabilità precontrattuale, ove la circostanza di base per il sorgere della responsabilità sono (ex lege) le trattative ed i soggetti, potenziali parti dell'obbligazione, sono (ex lege) i possibili contraenti”*.

Alla luce di tale tesi, viene anche riletta la disciplina della responsabilità sanitaria, atteso che *“in materia sanitaria il ricorso al contatto sociale ha di certo un sufficiente fondamento normativo ove ci si riferisca alla responsabilità delle strutture (il cui obbligo di cura verso il pubblico ha preciso fondamento), mentre risulta velleitario con riferimento al medico non contraente col paziente, soggetto la cui responsabilità solo extracontrattuale è stata alla fine ribadita ex lege (cd legge Gelli)”*.

Le argomentazioni qui riportate ed il ripetuto riferimento delle parti alle posizioni di “consulente” ed “intermediario” consentono, dunque, al Tribunale di Genova di riconoscere, in capo alla banca, una responsabilità contrattuale ex art. 1216 e 1856 c.c.

A questo punto, la sentenza si concentra sulla qualificazione giuridica del rapporto intercorrente tra le parti in causa.

Secondo il Giudice ligure, quindi, la richiesta del cliente alla banca era tesa ad un investimento su valore “intrinseco”, il cui presupposto era da riconoscere nella ricerca di *“una con-*

troparte per un acquisto di beni dotati di tale valore, al fine di realizzare un investimento di natura non finanziaria, beni che la banca certamente non trattava quale oggetto ordinario degli investimenti da essa stessa gestiti direttamente”: la banca avrebbe agito in quanto mediatore, su incarico di ambo le parti.

Il Tribunale, infatti, evidenzia come, in occasione di un rapporto di consulenza bancaria, *“l'incarico da parte del cliente è conferito nel momento in cui lo stesso, deciso un disinvestimento ... chieda al medesimo consulente bancario di indicare un investimento alternativo in beni durevoli”*, dimostrandosi interessato ai suoi suggerimenti e richiedendo ulteriori informazioni su come procedere.

Nel caso di specie, la “collaborazione” tra la Banca ed IDB non era incompatibile con la mediazione, in quanto limitata all'antecedente “piazzamento” dei diamanti, non essendo la banca autorizzata ad agire se non in posizione di neutralità, tipica del mediatore.

Ancora diversa è la posizione del mero segnalatore: egli, infatti, *“fornisce solo informazioni in merito ad una determinata opportunità, ma certo non “orienta” e non “consiglia”, e, peraltro, ben raramente ha provvigione del 10%”*.

La banca, in quanto mediatore, non si limitava affatto al segnalamento: faceva incontrare la domanda e l'offerta, essendo soggetta ai conseguenti obblighi di correttezza, informazione e neutralità.

In particolare, come evidenzia la I sezione del Tribunale di Genova, *“il suo diritto verso l'offerente consisteva in una vera provvigione, quello verso i clienti si inseriva nell'equilibrio sinallagmatico dei contratti bancari in atto”*.

Alla banca, quindi, si deve applicare l'art. 1759 c.c., con il conseguente obbligo di comunicare alle parti le circostanze, ad essa note, *“relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, circostanze tali da poter influire sulla conclusione di esso”*.

Tale dovere comporta il rispetto della speciale diligenza bancaria, dovuta alla fiducia nella capacità di stima dell'istituto bancario: anche se non tenuto ad un'attiva ricerca di informazioni sul bene trattato, questo avrebbe dovuto, comunque, comunicare le circostanze facilmente conoscibili dallo stesso, specie quando siano state oggetto di specifiche richieste del cliente.

Quanto statuito va letto tenendo in considerazione gli obblighi dell'intermediario ex art. 5 del codice del consumo, tornando in rilievo la figura del *“contatto sociale qualificato”* che sarebbe, nel caso, *“normativamente qualificato”*.

5. Il risarcimento del danno.

Così qualificato il rapporto contrattuale di mediazione ed individuato il titolo della responsabilità contrattuale, il Giudice genovese si concentra sulla quantificazione del danno risarcibile. In virtù del duplice mandato di cui era investita, la banca, se avesse agito con la dovuta diligenza, si sarebbe avveduta con estrema facilità del prezzo incongruo dei diamanti, prospettandosi due distinte soluzioni: ottenere un minor prezzo da IDB o rinunciare all'incarico della stessa, *“essendo a tal punto impossibile onorare l'obbligo di correttezza assunto con il cliente nel momento in cui poneva le sue capacità a disposizione dello stesso, anche per un investimento atipico”*.

Ecco, dunque, che il parametro controfattuale da considerare nell'operazione è riconosciuto nell'*“ipotesi di una “corretta assistenza al cliente” e dell'avvio dello stesso ad un “buon acquisto di diamanti”, cosa che era certamente nelle possibilità della banca”*.

Escluso qualsiasi obbligo di protezione dell'investimento, il Tribunale ritiene che il risarcimento vada calcolato comparando il *“valore capitale investito per acquistare diamanti col va-*

lore di realizzo dei diamanti acquistati”, pur riconoscendo l’opportunità di abbattere del 20% il valore detto, in quanto il “valore Rapaport” è espresso per operatori professionali, mentre ceduta la gemma ad un consumatore, la sua isolata re-immissione nel circuito commerciale, sconta certamente una sorta di “prezzo del riacquisto”.

6. Conclusioni.

Della sentenza qui in commento devono essere posti in risalto due aspetti principali: *in primis*, viene offerta un’interessante rivisitazione della teoria della responsabilità da contatto sociale, in controtendenza con la giurisprudenza e la dottrina prevalenti; *in secundis*, viene delineata una puntuale sistemazione di diversi tipi ed operazioni contrattuali.

Più nello specifico, il Tribunale di Genova sposa un’interpretazione normativista del contatto sociale, tale per cui ad esso è possibile riconoscere una dignità giuridica solo in presenza di una sufficiente cornice normativa: se tale istituto giurisprudenziale aveva una sua ragion d’essere nel contesto normativo tedesco del primo Novecento, caratterizzato da una codificazione non aderente alla realtà sociale e dalla necessità di confrontarsi con problemi quali la svalutazione weimariana del marco, lo stesso non può dirsi, oggi, per la nostra disciplina normativa.

Secondariamente, la sentenza qui commentata individua i punti cardinali che devono guidare il giurista nell’interpretare i contratti bancari, in cui normativa e prassi danno luogo ad un dialogo ricco di suggestioni, dagli esiti alle volte imprevedibili, difficilmente riscontrabili in altri rami dell’ordinamento.

Dott. Gabriele Fazzeri

Corte d’Appello di Genova, sez. II civ., 4 maggio 2022 - Pres. Bruno - Rel. Albino.

PROPRIETÀ - diritti del comproprietario - limiti di utilizzo - utilizzo esclusivo ed integrale - violazione - azione di restituzione o rilascio - condizioni.

(Artt. 1102 e ss. c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - occupazione abusiva di immobile - danno ingiusto - risarcimento - onere della prova - danno in re ipsa - esclusione - fondamento - conseguenze.

(Art. 23 Cost.; art. 2043 c.c.)

In tema di comunione, il giudice può ordinare al comproprietario che occupi in esclusiva l’immobile comune in assenza di un titolo a detenere autonomamente, e dunque in violazione dei limiti posti dall’art. 1102 c.c. nell’utilizzo della cosa, il rilascio in favore della comunione non già dell’intero bene, bensì della quota di pertinenza degli altri comunisti, così che questi ne possano disporre e possano assumere le proprie determinazioni in relazione all’amministrazione e al godimento della cosa ai sensi degli artt. 1102 e 1103 c.c., oltre che con lo strumento di cui all’art. 1105 c.c., per l’ipotesi di contrasto tra i contitolari.

(In senso conforme Cass., n. 25882/2018).

Nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente in re ipsa, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l’evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l’insegnamento delle Sezioni Unite della S.C.

(sent. n. 26972 del 2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l’ulteriore e più recente intervento nomofilattico (sent. n. 16601 del 2017) che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l’ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell’art. 23 Cost.; ne consegue che il danno da occupazione sine titulo, poiché particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato anche sulla base di presunzioni semplici, ma senza che ciò esoneri il danneggiato dall’allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l’intenzione concreta del proprietario di mettere l’immobile a frutto. (1)

(In senso conforme Cass., n. 14268/2021).

MI.F.

(... Omissis...)

Svolgimento del processo.

Con l’atto introduttivo del giudizio A A ed A P, rispettivamente padre e sorella di A Aa, deceduto ab intestato in data 13/4/2016, citavano in giudizio davanti al Tribunale di Genova, LZ, coniuge del predetto, al fine di sentirla condannare al rilascio dei tre immobili da quest’ultima indebitamente occupati (di cui era comproprietaria quanto a due in forza della successione ereditaria, essendo, invece, il terzo in proprietà esclusiva dell’attore A A), nonché al risarcimento del danno per l’occupazione illegittima, per la perdita dell’avviamento dell’azienda esercitata dal de cuius, e per la perdita della licenza monopoli tabacchi, oltre ai frutti degli immobili nel frattempo percepiti dalla convenuta. Esponevano, in particolare, di essere divenuti contitolari in forza della successione del loro congiunto delle seguenti quote: A P della quota di 13/36 dell’immobile di Corso ... e della quota di 1/12 dell’immobile di...; A A della quota di 15/36 di Corso e della quota di 3/12 dell’immobile di..., ed interamente proprietario dell’immobile di via..., di cui A Aa era comodataria; LZ della quota di 8/36 dell’immobile di Corso e della quota di 8/12 dell’immobile di... Si costituiva LZ chiedendo il rigetto della domanda. In corso di causa, la convenuta consegnava agli attori le chiavi dell’appartamento sito in G., Via (in data 25/7/2019) e dell’immobile in ... (in data 6/8/2019). Licenziata CTU atta ad accertare il valore dell’indennità di occupazione degli immobili di cui è causa, con l’ordinanza impugnata, il Tribunale dichiarava la cessazione della materia del contendere con riferimento alle domande di rilascio e di consegna delle chiavi riferitamente all’immobile sito in G., Via e di quello sito in G., ...; respingeva in parte motiva la domanda di condanna al rilascio dell’appartamento sito in G., Corso ...

Accoglieva parzialmente la domanda di condanna della convenuta al pagamento del danno da indebita occupazione che, parametrato al valore locativo e tenendo conto della quota della LZ, faceva decorrere dalla data di notifica dell’atto di citazione, dalla quale doveva ritenersi che gli attori avessero manifestato alla convenuta la richiesta di voler utilizzare gli immobili.

Condannava quindi la convenuta al pagamento della somma di Euro 4.325,60 oltre interessi e rivalutazione: compensava le spese di lite nella misura di metà condannando la convenuta al pagamento della residua frazione e poneva a carico di quest’ultima 1/3 delle spese di CTU, compensando la residua frazione. Avverso l’ordinanza hanno proposto appello A A e A P, chiedendo la riforma della sentenza, con l’accoglimento integrale delle domande originariamente proposte, secondo le conclusioni sopra riportate ed articolando i motivi di appello si cui infra. Si è costituita LZ, resistendo all’appello.

Disposta la sostituzione dell’udienza di precisazione delle conclusioni con il deposito di note scritte contenenti le conclusioni definitive delle parti, ai sensi dell’art. 83, co. 7, lett.

h), D.L. n. 18 del 2020 la causa è stata trattenuta la causa in decisione con ordinanza 8/2/2022, con concessione dei termini di legge per conclusionali e repliche.

Motivi della decisione.

1. Col primo motivo gli appellanti censurano l'ordinanza nella parte in cui il Tribunale ha respinto la loro domanda di riconsegna dell'immobile sito in G., Corso Pur avendo il Tribunale correttamente escluso l'applicazione dell'art. 540 c.c. in relazione a detto immobile, ex casa coniugale, ed avendo richiamato le norma sulla comunione (art. 1102 c.c.), il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto che dopo la morte del marito A Aa, LZ avrebbe fatto un uso consentito dell'immobile, laddove invece ella avrebbe impedito ai predetti appellanti, comproprietari di oltre 2/3 dell'intero immobile, e quindi della quota maggioritaria, di farne parimenti uso secondo il proprio diritto. Erroneamente il Tribunale avrebbe dato rilievo alla circostanza secondo cui essi non avrebbero espresso "una reale volontà...a utilizzare il bene a fini abitativi". Se tale circostanza è vera, è altresì vero che essi avrebbero voluto trarne l'utilità economica derivante dalla messa a reddito dello stesso, quale la locazione a terzi. Ciò emergeva dalla domanda di rilascio formulata con la comunicazione 11/5/2017. Il Tribunale avrebbe dovuto considerare che la Z avrebbe dovuto fornire la prova scritta del consenso degli altri comproprietari all'uso esclusivo dei beni di sua proprietà ed avrebbe errato nel non ravvisare la violazione da parte della Z dell'art. 1102 c.c.

2. Col secondo motivo censurano l'ordinanza nella parte in cui il Tribunale, nell'accogliere parzialmente la domanda di risarcimento dei danni, quale corrispettivo/indennizzo per l'indebita occupazione, aveva ritenuto che l'interesse alla riconsegna era stato mostrato da parte loro per la prima volta con l'atto introduttivo della presente causa, e non dall'apertura della successione o dal maggio 2017.

Il Tribunale non avrebbe considerato che a fronte della richiesta degli A di regolamentare la comunione, la Z aveva negato la disponibilità, come emergeva dalla corrispondenza in atti. Sussisteva violazione dell'art. 1219 c.c., 2 comma, avendo manifestato per iscritto la volontà di non eseguire l'obbligazione e la violazione dei principi di buona fede.

In particolare:

con riferimento all'immobile di..., il Tribunale, pur avendo correttamente dichiarato la cessazione della materia del contendere, avrebbe erroneamente riconosciuto il danno per il periodo dal 1/3/2019, data di notifica della citazione fino al 25/7/2019, giorno della consegna delle chiavi, sempre sull'erroneo presupposto della tolleranza degli attori relativamente al precedente periodo. L'occupazione illegittima doveva farsi decorrere, invece, dalla data del decesso di A Aa o, in subordine dal 11/5/2017;

con riferimento all'immobile di..., il Tribunale pur avendo affermato correttamente che la Z non aveva alcun titolo per occuparlo, avrebbe erroneamente affermato, invece, che AA non avrebbe mai chiesto il rilascio, disinteressandosi del bene. Tale statuizione sarebbe errata, in quanto A A non aveva la disponibilità delle chiavi e solo il 6/8/2019, dopo la consegna avvenuta il 25/7/2019, si era appurato che la Z vi aveva ricoverato un motociclo. L'occupazione illegittima doveva farsi decorrere dalla data del decesso, ovvero dal giorno in cui gli A avevano richiesto di regolamentare la comunione (11/5/2017).

3. Col terzo motivo censurano l'ordinanza relativamente al rigetto della domanda di risarcimento dei danni patrimoniali

e non patrimoniali, ivi compresa la perdita di avviamento e della licenza monopoli e tabacchi, non avendo considerato il Tribunale che l'azienda fosse titolare di licenza, costituente l'oggetto principale e che la Z aveva rifiutato le proposte di transazione, con ciò arrecando un danno patrimoniale. Il Tribunale aveva erroneamente negato la CTU finalizzata ad accertare la perdita di avviamento.

4. Col quarto motivo censurano l'ordinanza relativamente alla statuizione sulle spese di lite. Il Tribunale avrebbe errato:

1) nel compensare le spese di lite nella misura di metà, tenendo conto dell'accoglimento delle maggiori domande proposte;

2) nel compensare le spese di CTU nella misura di 2/3, nonostante la CTU sia stata disposta per quantificare il danno;

3) nel liquidare l'importo in base allo scaglione da Euro 1.100,01 a Euro 5.200,00 nonostante le domande di rilascio fossero di valore indeterminabile.

Il primo motivo è fondato nei limiti che seguono.

È pacifico che, a seguito del decesso di A Aa, il coniuge ZL (non titolare di diritto di abitazione ex art. 540 c.c.) sia divenuta comproprietaria dell'immobile di Corso ... per la quota di 8/36, risultando gli appellanti comproprietari della residua quota (A A di 15/36 e A P di 13/36). Se è corretta l'affermazione del Tribunale per cui la appellata, al pari degli altri comproprietari, ha diritto di godere e di servirsi della cosa comune nei limiti dell'art. 1102 c.c., ciò non può di per sé determinare il rigetto della domanda di rilascio avanzata dagli originari attori e condividenti A sia pure con la precisazione che segue. Occorre, infatti, considerare che ciascun comproprietario ha pieno diritto di abitare l'immobile in quanto esplicazione del suo diritto reale.

Tuttavia, il suo diritto incontra un limite, qual è quello codificato dall'art. 1102 c.c.: non deve alterarne la destinazione e non può impedire agli altri comproprietari di farne paritario uso. È evidente che l'uso esclusivo di un bene è incompatibile con analogo utilizzo da parte degli altri, come nel caso di specie, in cui l'immobile è abitato ed utilizzato esclusivamente da un comproprietario per l'intero, e viola l'art. 1102 c.c.

A P e A hanno domandato con l'atto introduttivo del giudizio la riconsegna dell'immobile suddetto.

La domanda può trovare accoglimento solo in favore della comunione ed in tal senso questa Corte ritiene che possa essere accolta, risultando tutti i comproprietari parti del presente giudizio. Secondo, infatti la giurisprudenza della Corte Suprema, "in virtù del fatto che il bene è di proprietà comune, occorre disporre il rilascio in favore della comunione, per permettere all'altro comproprietario di disporre della sua quota, facendo uso della cosa comune ai sensi degli artt. 1102 e 1103 c.c., trattandosi non di ordinare al comproprietario la restituzione dell'intero bene, ma il rilascio della quota di pertinenza, condizione che legittima, stante l'inesistenza di un titolo a detenere autonomamente il bene, la successiva assunzione, da parte della comunione, delle determinazioni relative all'amministrazione e al godimento dell'immobile" (cfr. Cass. n. 25882/18 ed altre, precedenti, conformi). Tale condizione legittima altresì, "con l'accertamento dell'inesistenza di un titolo a detenere autonomamente l'immobile, la successiva assunzione da parte della comunione delle suddette determinazioni possibili", inerenti l'amministrazione, anche con lo "strumento di cui all'art. 1105 c.c.", in caso di contrasto tra i contitolari (Cass. n. 19488/15). La pronuncia di rilascio in favore della comunione non collide pertanto con l'originaria richiesta degli A di restituzione dell'intero bene, avente la

medesima finalità di esercitare il proprio diritto di proprietà. L'esercizio di tale facoltà deve essere invero garantito a tutti i comproprietari, derivandone, in caso di perdurante contrasto tra i contitolari per quote paritarie e di conseguente paralisi, come in specie, del potere decisorio, la possibilità di ricorrere, con l'accertamento dell'inesistenza di un titolo a detenere autonomamente l'immobile, al rimedio della nomina di un amministratore giudiziale, ai sensi dell'art. 1105 c.c., ipotesi chiaramente enunciata dalla stessa giurisprudenza testé citata (Cass. n. 19488/15).

Il fatto che la domanda sia stata proposta dagli A fin dall'origine nella qualità di "comproprietari" consente di accogliere la domanda, non intesa come di restituzione del bene in loro favore, bensì della restituzione del bene in favore della comunione. Emerge dagli atti, infatti, l'esistenza di un contrasto tra le parti in ordine all'utilizzo del bene che impedisce ogni possibilità di accordo, di tal che la richiesta degli originari attori può essere accolta in favore della comunione, trattandosi comunque di un "minus" rispetto all'originaria domanda (cfr. in tal senso la già richiamata Cass. n. 25882/2018).

Il secondo motivo è infondato.

In caso di immobile indiviso (ossia nel caso di specie i due immobili siti in G. di Corso ... e di Piazza ... di cui la appellata LZ è comproprietaria), come si è già sopra affermato, ogni comproprietario ha diritto ad utilizzarlo purché non ne impedisca il godimento agli altri comproprietari, di modo che per il sorgere del diritto al risarcimento per la mancata utilizzazione non è sufficiente la prova dell'utilizzo dell'altro, ma occorre dimostrare che il mancato utilizzo da parte propria è derivato dalla esclusione e non da propria inerzia. È pertanto infondato l'assunto degli appellanti per cui ai fini del legittimo utilizzo occorre il consenso scritto degli altri comproprietari. La giurisprudenza ha sostenuto che il condividente che abbia goduto in via esclusiva di un immobile senza giustificato motivo deve versare agli altri condividenti una somma che serve ad indennizzare la limitazione subita dal proprio uguale diritto e a compensare il mancato conseguimento dei frutti ritraibili dal bene occupato (Cass. 5504/12; Cass. 8298/11 e Cass. 7881/11; Cass. 11486/10).

Con riferimento alla decorrenza dell'indennizzo la giurisprudenza afferma che "A norma dell'art. 1102 c.c., ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. Occorre quindi una dichiarazione di volontà degli altri comproprietari di utilizzare l'immobile, dovendosi altrimenti presumere la loro tolleranza al suddetto uso esclusivo" (Cass. n. 19478/07). Solo da tale momento, l'altrui condotta risulta illecita. Ciò comporta che il diritto all'indennizzo nasce allorché il comproprietario abbia manifestato l'intenzione di utilizzare l'immobile, momento che il Tribunale ha fatto coincidere con la domanda giudiziale. Al riguardo, è infondato, pertanto, alla luce di quanto ritenuto dalla giurisprudenza, in primo luogo, l'assunto dell'appellante, per cui il termine dovrebbe decorrere, per così dire, automaticamente, con il decesso di AA occorso il 13/4/2016. Con altra argomentazione gli A sostengono che vi fu attivazione da parte loro con la comunicazione del 11/5/2017, antecedente alla data di notifica del ricorso introduttivo e da tale data chiedono che decorra l'obbligo di pagamento della Z.

Il motivo è infondato, posto che si condivide appieno la motivazione del Tribunale - con cui gli appellanti non si sono specificamente confrontati - per cui la mail summenzionata,

così come le altre, sono state inviate ad un soggetto diverso dalla Z e in esse, inoltre, si faceva riferimento ad una generica trattativa per la divisione dei beni caduti in successione e per la loro gestione, elementi questi che non fanno emergere una reale volontà degli attori di voler utilizzare il bene. La mail invocata dagli appellanti, infatti, risulta inviata all'indirizzo mail facente riferimento a tal "___" e non direttamente alla appellata, ed inoltre, come del resto riconosciuto dagli stessi appellanti (pag. 12 riga 11) per ottenere la divisione. Ma, agli effetti del godimento, non rilevano le iniziative per la divisione, ma quelle per l'utilizzo del bene nelle more, e non risulta che gli appellanti si siano attivati per condividere l'uso del bene. Oltretutto le richieste vengono subordinate alla mancata accettazione da parte della Z di altra proposta inviata con scrittura privata, segno che vi era effettivamente una trattativa in corso. Gli appellanti, in sostanza, chiesero di procedere alla divisione e non si occuparono della problematica dell'occupazione esclusiva dell'immobile. Da ciò ne discende che va confermata la statuizione del Tribunale che fa decorrere il danno dalla proposizione del presente giudizio. Con riferimento al bene di G. di Via S. P. alla P. 8, il Tribunale, riconoscendo che LZ non aveva alcun titolo ad occuparlo in quanto di proprietà esclusiva dell'appellante AA, ha ritenuto parimenti di far decorrere il danno da occupazione illecita dall'introduzione del giudizio sul presupposto di una presunzione di inesistenza del danno *in re ipsa*, non vinta per il disinteresse del proprietario.

Gli appellanti affermano che essi non disponevano delle chiavi e solo dopo il rilascio di esse scoprivano che la Z vi aveva ricoverato un motociclo, non vi era quindi disinteresse. La Corte ritiene che non possa riconoscersi un danno *in re ipsa* e che il Tribunale abbia, correttamente, anche per tale danno fatto decorrere lo stesso dall'introduzione del giudizio, allorché vi è stata domanda di rilascio. Riconoscere sempre e comunque un risarcimento in via automatica è incompatibile con la funzione compensativa della responsabilità risarcitoria e darebbe cittadinanza nel nostro ordinamento al cosiddetto "danno evento", figura definitivamente ripudiata da Cass. Sez. Un. 26972/08. La giurisprudenza, da tempo, parla di "danno conseguenza", che deve essere allegato, prima ancora che provato. Come affermato da altri precedenti di questa Sezione, le sentenze che parlano di danno *in re ipsa*, quindi, non intendono certo affermare che, ai fini dell'accoglimento della domanda di risarcimento, si possa prescindere dalle allegazioni cui è tenuto il danneggiato, ma solo che, in determinate situazioni, è possibile dare la prova del danno semplicemente sulla base dell'allegazione di fatti che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sono causa di certi tipi di pregiudizi. In sostanza, il danno è *in re ipsa* perché dimostrato in via presuntiva sulla base delle affermazioni del danneggiato, mentre spetta al Giudice valutare la verosimiglianza del carattere lesivo dei fatti indicati, ma non certo sostituirsi alla parte danneggiata nell'indicazione dei danni subiti.

Su queste basi, risulta condivisibile la giurisprudenza che ha sostenuto che "le allegazioni che devono accompagnare la proposizione di una domanda risarcitoria non possono essere limitate alla prospettazione della condotta, in tesi colpevole, della controparte, produttiva di danni nella sfera giuridica di chi agisce in giudizio. L'esposizione deve, invero, necessariamente essere estesa alle lesioni, patrimoniali e/o non patrimoniali, prodotte da tale condotta, dovendo l'attore mettere il convenuto in condizione di conoscere quali pregiudizi vengono imputati al suo comportamento. E tanto prima e a prescindere dalla loro esatta quantificazione e dall'assolvimento di ogni onere probatorio al riguardo" (Cass. n. 691/12; Cass. n. 13338/15).

Di recente in tal senso, la Corte Suprema ha affermato: “Nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente “in re ipsa”, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l’evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l’insegnamento delle Sezioni Unite della S.C. (sent. n. 26972 del 2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l’ulteriore e più recente intervento nomofilattico (sent. n. 16601 del 2017) che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l’ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell’art. 23 Cost.; ne consegue che il danno da occupazione “sine titulo”, in quanto particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell’onere probatorio di tale natura non può includere anche l’esonero dall’allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l’intenzione concreta del proprietario di mettere l’immobile a frutto (cfr. Cass. n. 14268/2021; n. 26331/2021; n. 27126/2021). Nel caso di specie è totalmente mancata un’allegazione del danno subito per la perdita della disponibilità dell’immobile.

Il terzo motivo è infondato.

Anche relativamente a tale motivo l’appellante non si è confrontato con la motivazione del Tribunale che ha respinto la domanda per difetto di prova, non avendo gli originari attori prodotto alcuna documentazione idonea a determinare il valore dell’avviamento dell’azienda di Sali e tabacchi esercitata dal *de cuius* AA nell’immobile di proprietà del padre, azienda che non risultava neppure liquidata. Non basta affermare che la Z, avendo rifiutato la proposta di transazione, abbia arrecato un danno patrimoniale. È necessario dare prova del fatto illecito, ed anche del danno, non potendo sopperire a tale carenza probatoria una CTU che si prefigurerebbe come del tutto esplorativa.

Il quarto motivo viene superato.

Il quarto motivo inerente alle spese viene superato dal fatto che sussiste il potere del giudice d’appello di procedere d’ufficio ad un nuovo regolamento delle spese processuali, quale conseguenza della pronunzia di merito adottata, in caso di riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata, poiché gli oneri della lite devono essere ripartiti in ragione del suo esito complessivo (cfr. *ex plurimis* Cass. n. 14916/2020), dovendo, in ogni caso, la compensazione parziale disposta dal Tribunale giustificarsi in relazione al rigetto della domanda degli originari attori di risarcimento del danno da avviamento e del solo parziale accoglimento della domanda da indebita occupazione. È condivisibile il motivo inerente l’erroneo scaglione utilizzato dal Tribunale, posto che, avendo la causa ad oggetto anche domande di rilascio di immobile, avrebbe dovuto essere utilizzato lo scaglione di valore indeterminabile basso. Il riparto delle spese di CTU pare, invece, congruo avuto riguardo alla motivazione del Tribunale di accoglimento della domanda dei canoni di indebita occupazione nella misura di 1 / 3 della domanda. Pertanto, tenuto conto dell’esito complessivo della lite e avuto riguardo ai profili di reciproca soccombenza parziale ravvisabili tra le parti per effetto della parziale riforma dell’ordinanza di primo grado, la Corte reputa giustificato compensare tra dette parti le spese dei due gradi nella misura di 1/3, ponendo a carico dell’appellata, maggiormente soccombente (sulle domande di rilascio e di parziale accoglimento delle domande di risarcimento del

danno da occupazione indebita) il restante 2/3, da liquidarsi in base al D.M. n. 55 del 2014 e, quanto al secondo grado, limitatamente alle fasi di studio, introduzione e decisione.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando nella causa d’appello contro l’ordinanza ex art. 702 bis c.p.c. del Tribunale di Genova del 24/2/2020, così provvede: in parziale accoglimento dell’appello ed in correlativa parziale riforma dell’ordinanza impugnata, condanna LZ alla riconsegna dell’appartamento in Corso ... in favore della comunione costituita da LZ, AA ed AP; compensa le spese di lite del giudizio di primo grado fra le parti fino alla misura di 1/3 e condanna LZ al pagamento delle spese del giudizio di primo grado in favore di AA e AP per la residua frazione di 2/3, che liquida, già nella ridotta frazione, in Euro 3.800,00 per compensi, oltre spese forfetizzate, iva e cpa; conferma nel resto l’ordinanza impugnata; compensa le spese di lite del giudizio di appello fra le parti fino alla misura di 1/3 e condanna LZ al pagamento delle spese del giudizio di appello in favore di AA e AP per la residua frazione di 2/3, che liquida, già nella ridotta frazione, in Euro 3.500,00 per compensi, oltre spese forfetizzate, iva e cpa. (...*omissis*...)

(1) Il risarcimento del danno subito dal proprietario a causa della mancata riconsegna dell’immobile illegittimamente occupato.

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Il risarcimento del maggior danno ex art. 1591 c.c. e la sua prova.* - 3. *Non è un danno in re ipsa senza necessità di prova.* - 4. *Occorre invece una prova rigorosa del maggior danno.* - 5. *Anche se la sua liquidazione è valutabile equitativamente.* - 6. *E per la sua prova si può ricorrere alle presunzioni.* - 7. *Presunzioni, fatto noto e fatto notorio.* - 8. *Le S.U. del 15/11/22 n. 33645 sul punto.*

1. Premessa.

La sentenza della Corte d’Appello di Genova del 4/5/2022 n. 611 si occupa di un problema assai diffuso nella pratica quale la mancata o ritardata consegna della libera disponibilità del proprietario di un immobile da parte dell’abusivo occupante: nella maggioranza dei casi il conduttore che vi permanga nonostante la cessazione del contratto ed anche la condanna giudiziaria al rilascio. Ma vi sono anche altri casi, come quello deciso dalla sentenza

Nell’ultimo decennio la giurisprudenza della Cassazione si è alternata nel ritenere da un lato il danno in re ipsa del proprietario, quindi dimostrabile e risarcibile senza necessità di rigorose prove specifiche.

Dall’altro al contrario richiedendo la prova certa di una effettiva lesione del patrimonio di chi subisce l’occupazione.

La sentenza in questione allinea anche la giurisprudenza ligure a questo secondo orientamento, che sta diventando preponderante e maggioritario anche nelle Corti di merito. Con conseguente maggiore difficoltà nella dimostrabilità del danno subito e quantificazione della relativa richiesta di risarcimento.

Pur potendo ricorrere anche (solo) a presunzioni ed a valutazioni equitative (esclusa la cd. “cerebrina”).

Capita non infrequentemente che un immobile, pur dopo la risoluzione o comunque l’avvenuta cessazione del relativo contratto di locazione, non venga restituito ex art. 1590 c.c. ma continui a rimanere occupato dal conduttore abusivo occupante, quali che ne siano i motivi. Dal ritardo nel liberarlo per motivi

di trasloco, ad una procedura concorsuale o un tentativo di guadagnare tempo (più raro il caso di un'occupazione da parte di terzi senza il benché minimo titolo di un immobile ad uso diverso, punita dall'art. 631 c.p. a titolo di usurpazione).

Negli ultimi anni la giurisprudenza si è pronunciata più volte sul tema per via della crisi Covid che ha colpito gli esercizi commerciali, soprattutto quelli legati alla ristorazione. (Quasi mai le relative conseguenze economiche sono state addossate al locatore, gravando sul conduttore il rischio di impresa: per tutte v. Trib. Roma, n. 2476/2022 e “*Gli effetti della crisi economica sulle locazioni commerciali: risoluzione o rinegoziazione del contratto.*” intervento Avv. Tiscornia al 31° Convegno Coordinamento Legali della Confedilizia 2021 a Piacenza).

In questi casi al diritto del proprietario a percepire il canone di locazione (venuto meno per l'intervenuta cessazione del contratto) si sostituisce ipso iure quello al risarcimento del danno ex artt. 1218 e 1223 c.c. e cioè ad un'indennità di indebita occupazione ex art. 1591 c.c. fino all'effettiva riconsegna per avere il locale indisponibile senza poterlo riutilizzare fruttuosamente: “*mora perpetuat obligationem*”.

L'art. 1591 del c.c. (*Danni per ritardata restituzione: il conduttore in mora a restituire la cosa è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno*) riconosce al proprietario una liquidazione del danno già predeterminata, pari al canone contrattuale precedentemente stabilito, istat aggiornato compreso. Una presunzione legale assoluta quindi senza possibilità di prova contraria: l'occupante illegittimo non può eccepire che il danno subito dal proprietario sia inferiore all'importo del canone contrattuale: che deve continuare a versare in uguale misura ma a titolo di indennità di occupazione indebita: v. per tutte Cass., n. 18946/2019 e Cass., n. 27287/2021.

La responsabilità dell'occupante per il ritardo nella restituzione ha natura contrattuale costituendo una violazione del relativo obbligo che sorge alla cessazione del contratto.

Ne deriva che il relativo diritto al risarcimento dei danni a favore del proprietario non si prescrive nel termine quinquennale dell'art. 2948, n. 3, c.c. (previsto per i canoni) ma è soggetto alla prescrizione decennale ex art. 2946 c.c. in forza della sua funzione risarcitoria a titolo di responsabilità contrattuale.

Le due obbligazioni saranno quindi di valuta per quanto riguarda il pagamento del canone, con interessi dalla domanda. Di valore invece quella relativa al risarcimento del danno (Cass., n. 38588/2021).

Una obbligazione con funzione risarcitoria (debito di valore soggetto a rivalutazione monetaria: Cass., n. 27287/2021) che si sostituisce a quella contrattuale del canone, con prescrizione quinquennale.

2. Il risarcimento del maggior danno ex art. 1591 c.c. e la sua prova.

Ma vi è di più: le ultime parole dell'art. 1591 c.c. obbligano l'indebito occupante, già conduttore, a risarcire anche un eventuale maggior danno, oltre alla citata indennità.

(Maggior danno che non si estende anche al periodo successivo al rilascio, magari fino alla stipulazione di un nuovo contratto, per assenza del nesso eziologico tra i due eventi: non potendo durare sine die il danno patrimoniale risarcibile Cass., n. 19981/2016).

La prova di tale (ipotetico) maggior danno non sorge ex se sulla base del valore locativo presumibilmente ricavabile nell'ipotesi di locazioni o vendite del bene occupato ma richiede una specifica dimostrazione di un'effettiva lesione del patrimonio del proprietario: come non aver potuto dare in loca-

zione il bene ad un canone più elevato. O non averlo potuto utilizzare direttamente o tempestivamente. O aver perso occasione di vendita ad un prezzo conveniente o altre situazioni analoghe pregiudizievoli. (Cass., n. 7499/2007).

Incombe sul proprietario la prova della lesione del suo patrimonio: in rapporto alle condizioni dell'immobile, alla sua ubicazione, all'esistenza di soggetti disponibili ad assicurarsene il godimento dietro maggior corrispettivo, con proposte di locazione o di acquisto (scritture private ma con data certa) o di una utilizzazione qualsiasi (Cass., n. 7499/2007).

O per non averlo potuto vendere pur necessitandone (Cass., n. 13071/2018) perché ancora occupato (Cass., n. 18946/2019 e Cass., n. 27287/2021).

Il proprietario (che chieda il risarcimento del maggior danno per mancato reimpiego del bene a causa del conduttore) ha l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto impeditivo che sia causato esclusivamente dall'inadempimento dell'obbligo di restituzione dell'immobile: e non magari da un mancato sfruttamento locativo dipeso dalla sua stessa inerzia o tolleranza. Ad esempio Trib. Milano, n. 618/22 ha respinto la richiesta del maggior danno in un caso in cui il locatore ha tollerato che la conduttrice rimanesse nell'immobile (continuava a versare l'indennità di occupazione), non opponendosi per circa 5 anni alle sue richieste di rinvio dell'esecuzione dello sfratto.

Il Tribunale ha ribadito infatti che l'obbligo risarcitorio non sorge automaticamente in virtù dell'inutilizzabilità dell'immobile ma solo se si dimostri di non averlo potuto locare o alienare a condizioni più vantaggiose. (Cass., n. 7499/2007).

3. Non è un danno in re ipsa senza necessità di prova.

Né è sufficiente invocare un generico danno da perdita di chance (la possibilità eventuale di conseguire un vantaggio: v. Trib. Roma, 16/9/2022 n. 13432) perché vi è insita l'incertezza: occorre al contrario una prova certa (anche per presunzioni). In mancanza il danno non può essere risarcito poiché non sussiste una ipotetica proiezione in termine di chance (Cass., n. 27287/2021).

Danno che equivarrebbe al cd. danno figurativo in re ipsa: che la giurisprudenza nega nell'ipotesi di occupazione abusiva di un immobile (Cass., n. 13071/2018; Cass., n. 28163/2019). (Sia pur in qualche caso minoritario ammesso, in passato: Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3428/2019 e Cass., n. 9137/2013: “*in caso di occupazione senza titolo di un immobile altrui, il danno subito dal proprietario è “in re ipsa” discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità ricavabile dal bene medesimo in relazione alla sua natura normalmente fruttifera. La liquidazione del danno ben può essere, in tal caso, operata dal Giudice sulla base di presunzioni semplici, con riferimento al cosiddetto danno figurativo, quale è il valore locativo del bene usurpato*”).

Danno figurativo (come ricordato da Cass., n. 13071/2018) sopravvissuto a lungo all'intervento nomofilattico nella celebre pronuncia delle Cass., S.U., n. 26972/2008 (cd. di San Martino per via della data 11/11/2008) quale danno in re ipsa del proprietario per la sola perdita della disponibilità del bene, con l'impossibilità di conseguire l'utilitas ricavabile dal bene stesso (per la sua natura di norma fruttifera) sulla base del valore locativo del cespite occupato abusivamente.

Ma così facendo si equiparrebbe l'evento dannoso al danno conseguenza. Che è invece l'unico ad essere riconoscibile “*nel caso di occupazione illegittima il danno del proprietario non può sussistere in re ipsa perché identificherebbe il danno con l'evento dannoso configurando un vero e proprio danno punitivo*” (Cass., n. 14268/2021).

Che non è ammesso dalle citate Cass., S.U., n. 26972/2008 secondo cui rileva solo il danno-conseguenza (l'effettivo accertamento di un danno) che deve essere allegato e provato da chi ne domanda il risarcimento (Cass., n. 21723/2022). (Né potrebbe soccorrere Cass., 16601/2017 che ha ritenuto accettabile il danno punitivo ma solo nel caso di una sua previsione normativa in applicazione dell'art. 23 della Costituzione).

4. Occorre invece una prova rigorosa del maggior danno.

Col tempo (vedi l'*excursus* storico dell'evoluzione al riguardo in Corte App. Genova, n. 882/2020) la giurisprudenza si è più uniformata alla svolta delle S.U. Cass., n. 26972/2008. Da ultimo sia Cass., n. 13071/2018 che Cass., n. 31233/2018 che Cass., n. 11203/2019 (contra: Cass., n. 21239/2018 e Cass., n. 20708/2019) hanno ribadito che il danno del proprietario non può essere in re ipsa perché diventerebbe danno punitivo: per il quale non vi è copertura normativa, secondo l'insegnamento delle S.U. di San Martino sul danno conseguenza.

Occorre quindi provare una effettiva lesione del patrimonio del proprietario.

5. Anche se la sua liquidazione è valutabile equitativamente.

Ma la liquidazione del maggior danno ex art. 1591 c.c. può essere effettuata anche con valutazione equitativa ex artt. 1226 c.c. e 113, 1 c. c.p.c., se non dimostrabile nel suo preciso ammontare, anche mediante tipicamente al para-metro del canone locativo di mercato.

“L'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa conferito al Giudice dagli articoli 1226 e 2056 c.c., da luogo non già ad un giudizio di equità ma di diritto, caratterizzato dalla cd. equità giudiziale correttiva o integrativa. Che pertanto da un lato è subordinato alla condizione che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile per la parte interessata provare il danno nel suo preciso ammontare. Dall'altro non ricomprenda anche l'accertamento del pregiudizio della cui liquidazione si tratta: presupponendo già assolto l'onere della parte di dimostrare la sussistenza e l'entità materiale del danno. Né la esonera dal fornire gli elementi probatori e i dati di fatto dei quali possa ragionevolmente disporre, affinché l'apprezzamento equitativo sia ricondotto alla sua funzione di colmare solo le lacune insuperabili nell'iter della determinazione dell'equivalente pecuniario del danno” (Cass., n. 20177/2022).

Valutazione equitativa di cui il Giudice deve dare conto motivando l'importanza attribuita ai vari fattori per rendere trasparente il percorso logico seguito, consentendo il controllo del rispetto dei principi utilizzati per la liquidazione: Cass., n. 35251/2021.

Infatti, se il potere discrezionale del Giudice di liquidare il danno in via equitativa non è controllabile dalla Cassazione, dalla motivazione deve però essere evincibile il processo logico valutativo seguito (indicando almeno sommariamente i criteri utilizzati per determinare l'entità del danno e gli elementi su cui si basa la decisione sul quantum: Cass., n. 2327/2018) per evitare che la decisione si sottragga ad ogni sindacato.

Con conseguente vizio di nullità per difetto di motivazione, sotto il minimo costituzionale ex art. 111 Cost., c. 6. Nonché quello di violazione dell'art. 1226 c.c.: Cass., n. 22272/2018. E i criteri adottati dal Giudice non possono essere manifestamente incongrui rispetto al caso concreto o contraddittori o contrari a dati di comune esperienza. Oppure applicati con un risultato sproporzionato, per eccesso o per difetto: Cass., n. 13153/2017.

Si ricadrebbe infatti nella cd. *equità cerebrina* (Cass., n. 36251/2021): allorché il Giudice si fa guidare da conce-

zioni personali o da mere intuizioni, col rischio di sconfinare nell'arbitrio, violando il dovere di ispirarsi ai criteri dell'Ordinamento vigente: non comportandosi cioè come avrebbe fatto il Legislatore se avesse potuto prevedere il caso.

6. E per la sua prova si può ricorrere alle presunzioni.

Il danno da occupazione *sine titulo* gode comunque di un alligamento dell'onere probatorio perché può essere dimostrato anche tramite presunzioni semplici (ex art. 2729 c.c.), pur senza esonerare il locatore dall'allegare i fatti che devono essere accertati: ad esempio l'intenzione concreta di mettere a frutto l'immobile (Cass., n. 13071/2018; Cass., n. 11203/2019; Cass., 7.280/2021; Cass., n. 14268/2021).

Il Giudice infatti può avvalersi di presunzioni semplici sulla base di elementi indiziari (non essendo sufficiente ex se l'indisponibilità del bene) offerti da parte del preteso danneggiato che convincano dell'esistenza del maggior danno conseguenza e del suo stretto collegamento causale con l'evento lesivo.

Presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. (Cass., n. 29956/2017) che costituiscono una prova rilevante (anche esclusiva) al fine della formazione del convincimento del potere discrezionale del Giudice (che dovrà valutarle individuando i fatti da porre a fondamento - Cass., 15111/2013) di scegliere gli elementi probatori ritenuti più idonei a dimostrare i fatti costitutivi della domanda.

Non solo tramite proposte contrattuali già ricevute ma anche per circostanze di fatto sul mancato conseguimento di corrispettivi locativi di mercato.

O conseguenze pregiudizievoli per il locatore quale il maggior costo sopportato per non aver potuto mantenere gli uffici nella originaria zona abusivamente occupata. O l'aumento dei prezzi dei lavori di ristrutturazione preventivati sull'immobile. O comunque l'incidenza economica negativa derivante dalla indisponibilità del bene: Cass., n. 15146/2017. Circostanze tutte dalle quali emerge la lesione del patrimonio (Cass., n. 29202/2008; Cass., n. 18946/2019).

Spetta al Giudice valutare l'opportunità di ricorrere alle presunzioni stabilendo i fatti a fondamento del relativo processo logico e valutarne la rispondenza ai requisiti di legge. Con apprezzamento di fatto non sindacabile in Cassazione se adeguatamente motivato (Cass., n. 21723/2022).

In questo caso il libero e prudente (ex art. 116, 1 c., c.p.c.) convincimento del Giudice si forma tramite apprezzamento discrezionale di elementi solo indiziari (Cass., n. 1163/2020).

Le presunzioni (cd. prove indirette) sono le argomentazioni, le deduzioni, le conseguenze che il Giudice può trarre da un fatto noto (l'indizio) per considerare provato un fatto ignorato ex artt. 115 c.p.c. e 2727 c.c., sfornito di prova diretta. Con conseguente esonero dell'onere della prova dei fatti nel caso delle c.d. presunzioni legali (quando è la legge stessa a considerare un fatto presunto). Legali assolute (art. 2728 c.c.), *iuris et de iure* (ad es. artt. 232 1° c. c.c., 599 c. 2 c.c., 757 c.c., 899 1° c. c.c., 1125 c.c., 2049 c.c.). O - le più frequenti - legali relative, *iuris tantum*, (ad es. artt. 899 1° c. c.c., 1142 c.c., 1147 3° c. c.c., 1218 c.c., 1335 c.c., 1693 c.c., 1709 c.c.), a seconda se vi sia ammissibile o meno la prova contraria.

Sono invece semplici (o *hominis*: inammissibili quando sia esclusa la prova per testimoni ex artt. 1350, 2721, 2723 e 2729, c. 2, c.c.) quelle non già prestabilite dalla legge ma devolute alla prudenza del Giudice: che le può ammettere solo se gravi, precise e concordanti ex art. 2729, c. 1, c.c.

Intendendosi per *grave* la probabilità del fatto ignoto ricavabile sulla base della regola ed esperienza. *Preciso* il fatto noto che sia ben determinato nella sua realtà storica e non vago. E

concordante (c.d. convergenza del molteplice) quando vi sia una molteplicità di elementi presuntivi (Cass., n. 9054/2022). Nel senso che il Giudice non può valutare singolarmente plurimi indizi per giungere alla conclusione che nessuno di essi abbia la dignità di prova (Cass., n. 3703/2012).

E d'altra parte la prova presuntiva può essere costituita anche da un elemento solo, purché grave e preciso (Cass. n. 23153/2018).

Ma non si può attribuire valore probatorio ad una presunzione basata su dati meramente ipotetici (Cass., n. 2632/2014).

7. Presunzioni, fatto noto e fatto notorio.

Infatti secondo le Sezioni Unite Cass., n. 1785/2018 e la successiva giurisprudenza (Cass., n. 18611/2021) per censurarsi il vizio di motivazione del ragionamento presuntivo deve emergere l'illogicità e la contraddittorietà del ragionamento decisorio. Pur escludendo che tra il fatto noto e quello ignoto debba occorrere un legame di necessità causale: è sufficiente una conseguenza ragionevolmente possibile, secondo un criterio di normalità. La deduzione logica del Giudice è infatti solo una valutazione: che deve essere convincente (anche solo probabilisticamente) non anche inconfutabile oggettivamente.

Tramite presunzioni si può infatti desumere dal fatto noto quello ignoto sulla base di un solo calcolo probabilistico di una conseguenza che sia ragionevolmente possibile secondo un criterio di normalità basato sull' "id quod plerumque accidit" (Cass., n. 28995/2017) purché venga dato atto della serie concatenata ai fatti noti che consenta di risalire a quello ignoto (Cass., n. 21723/2022).

In maniera simile non si è gravati dall'onere della prova per i fatti che siano c.d. notori cioè che conosciuti dalla generalità di persone e che rientrino ex art. 115, 2 c., c.p.c. nel senso comune, nella comune esperienza dell'uomo medio, nel sapere collettivo della comunità sociale in un dato periodo storico.

Fatti notori sono ad esempio i dati dell'inflazione e della svalutazione monetaria: ma devono essere provate le conseguenze di tali fatti, quali ad esempio il maggior danno ex art. 1591 c.c. che si assuma causato appunto dalla inflazione rispetto a quello indennizzabile tramite i soli interessi legali.

8. Le S.U. del 15/11/22 n. 33645 sul punto.

A metter fine al contrasto che allignava nella giurisprudenza di merito tra la tesi del danno in *re ipsa* da un lato e la necessità di una prova rigorosa dall'altro hanno provveduto ora le S.U. enunciando nell'attesa sentenza in oggetto i seguenti tre inequivocabili principi di diritto:

1. Nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta.
2. Nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chiedi il risarcimento, non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal Giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato.
3. Nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, quale quello che, in mancanza dell'occupazione, egli avrebbe concesso il bene in

godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o che lo avrebbe venduto ad un prezzo più conveniente di quello di mercato.

Avv. Francesco Massimo Tiscornia

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 2 maggio 2022, n. 452 - Pres. Atzeni - Rel. Casale.

SUCCESSIONE ereditaria - successione testamentaria - impugnazione del testamento - presupposti - vizi della volontà del testatore - dolo (captazione) - prova - elementi sintomatici - mezzi fraudolenti - idoneità a trarre in inganno - valutazione - riferimento a qualità personali del testatore - necessità.

(Art. 624 c.c.)

In tema di impugnazione di una disposizione testamentaria che si assuma effetto di captazione, a configurare la sussistenza del dolo non è sufficiente qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore mediante blandizie, richieste, suggerimenti, sollecitazioni e simili, ma occorre la presenza di altri mezzi fraudolenti, i quali - avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito dello stesso - siano stati idonei a trarlo in inganno, suscitandogli false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata.

Invero, sebbene il concetto di dolo contrattuale e di dolo testamentario sia unitario, non potendosi, in entrambe le ipotesi, prescindere dalla necessità di un voluto e cosciente impiego di mezzi fraudolenti, idonei a trarre in inganno colui verso il quale sono diretti, nel caso del testamento tale idoneità deve essere valutata con maggior elasticità e con più specifico riferimento al concreto soggetto passivo, sia per la particolare natura del negozio da lui compiuto, sia perché, nel momento di compierlo, questi potrebbe più facilmente risultare incline a subire l'altrui suggestione in ragione di condizioni di salute e di spirito anormali.

(In senso conforme Cass., n. 14011/2008).

MI.F.

(..Omissis...)

In fatto ed in diritto.

Con atto di citazione notificato in data 10.05.2017, i sigg.ri A. P. e G. P. convenivano in giudizio dinnanzi al Tribunale di Genova l'A.G.G.O., la F.I.R.C., la F.A.V.O., il sig. R.L. e la sig.ra H.V., esponendo:

- di essere tra loro fratelli e figli di E. P., a sua volta sorella di M. P., nata a G. l'11.09.1933 e deceduta ad A. T. il 06.01.2017; la *de cuius* era nubile e senza figli e la stessa aveva sempre vissuto nell'appartamento di G. Via M. n° 2/10 nell'edificio ove, in altro appartamento, viveva anche la sorella M. P. con il marito;
- la *de cuius* aveva mantenuto una comunanza di vita e di interessi con gli attori fino all'estate 2012 allorquando, a seguito di un ricovero presso la Clinica Privata 'V. S.' di G. per problemi cardiaci e respiratori, aveva iniziato gradatamente ad allontanarsi da loro fino quasi a cessare la frequentazione degli stessi;
- detto mutato atteggiamento sarebbe stato coincidente con l'ingresso nella vita della *de cuius* della figura del sig. R. L., inizialmente collaboratore della stessa in qualità di autista e poi sempre più presente nella gestione della vita della donna, essendosi il sig. R. L. comportato in modo

tale da distogliere progressivamente la signora M. P. da ogni interesse affettivo verso i propri famigliari;

- la signora M. P. aveva disposto delle sue sostanze con testamento olografo in data 12.12.2015 con il quale aveva istituito eredi, per pari quote, i tre Enti convenuti e il sig. R. L., e disposto un legato a favore della sig.ra H. V. e detto testamento olografo sarebbe stato quindi, a loro dire, la conseguenza della condotta di captazione e, più in generale, dei condizionamenti posti in essere dolosamente dal sig. R. L., che avevano indotto la sig.ra M. P. alla revoca dei precedenti testamenti olografi, risalenti al 2010, con i quali la stessa aveva inteso beneficiare i nipoti.

Sulla base di tali presupposti di fatto, gli odierni appellanti impugnavano il testamento olografo della *de cuius*, deducendo sostanzialmente: la falsità della scheda testamentaria impugnata; l'invalidità del testamento per effetto di dolo per c.d. captazione posto in essere dal sig. R. L., ovvero per errore sul motivo in cui sarebbe incorsa la sig.ra M. P. per errore o per violenza ai danni di quest'ultima.

Si costituiva ritualmente in giudizio il sig. R. L. chiedendo il rigetto delle pretese attoree. In particolare, il convenuto:

- eccepiva il difetto di legittimazione attiva degli attori A. P. e G. P. i quali, non avendo chiesto l'accertamento della loro qualità di eredi della *de cuius*, non avrebbero avuto interesse a una dichiarazione di invalidità del testamento della stessa;
- contestava la pretesa falsità del testamento impugnato;
- negava di aver in alcun modo condizionato o comunque influenzato la volontà testamentaria della *de cuius*, evidenziando che l'episodio del ricovero presso V. S., che secondo la prospettazione degli attori avrebbe provocato il graduale allontanamento della donna da loro, si era verificato in un periodo (agosto 2012) in cui in cui egli non era ancora entrato in contatto con la signora M. P. (il che sarebbe avvenuto solo nell'autunno 2012);
- osservava che i rapporti tra la signora M. P. e i propri parenti si sarebbero deteriorati a cagione dei comportamenti inadeguati e di disinteresse degli stessi verso l'anziana zia, esponendo che il ricovero presso la Clinica V. S. sarebbe stato voluto dai nipoti quando la zia, nell'agosto 2012, aveva manifestato dei problemi di salute mentre si trovava in villeggiatura ad A. con gli stessi: in quella occasione, a suo dire, la signora M. P. avrebbe voluto rimanere in loco ricorrendo alla cure di un medico di zona che già la conosceva e l'aveva in precedenza assistita, mentre i nipoti l'avrebbero voluta far ricoverare a G. presso la Clinica V. S., contro la sua volontà, per poter ritornare a proseguire le vacanze in T.;
- ricordava che il tenore del testamento impugnato, che istituiva eredi per pari quote anche tre Enti benefici, era di per sé prova di una equilibrata e ponderata valutazione operata dalla signora M. P. che, tra l'altro, spiegava nella scheda testamentaria le motivazioni dei vari lasciti;
- contestava infine la sussistenza dei presupposti, in fatto e in diritto, del dedotto errore sul motivo in cui sarebbe incorsa la *de cuius* come pure della violenza che sarebbe stata usata in pregiudizio della stessa.

Si costituivano ritualmente in giudizio gli Enti benefici, contestando anch'essi le domande attoree di cui chiedevano il rigetto sulla base di analoghe considerazioni. In particolare, gli Enti convenuti, nel contestare anch'essi specificamente i motivi della proposta impugnazione, precisavano di essere stati beneficiari del tutto inaspettatamente dalla Signora M. P. in quanto essa non era mai stata in contatto con loro (ad esempio, quale

associata o volontaria) e solamente la F.I.R.C. aveva ritracciato una risalente (anno 2009) elargizione fatta a suo favore dalla sig.ra E. P., per l'importo di euro 25,00.

Nel giudizio di primo grado rimaneva contumace la legataria sig.ra H. V.

La causa, a seguito del rigetto da parte del Tribunale di Genova delle istanze istruttorie proposte dai sigg.ri A. P. e G. P., veniva istruita documentalmente e veniva decisa con la sentenza n. 1662/2019, con cui le domande attoree erano respinte.

In particolare, il Giudice di prime cure:

- confermava il precedente provvedimento di rigetto per inammissibilità delle prove orali dedotte dagli originari attori, ribadendo che i capitoli formulati fossero irrilevanti o, in alcuni casi, valutativi;
- riteneva inammissibile la domanda degli odierni appellanti volta ad ottenere il riconoscimento della qualità di eredi della *de cuius* in quanto proposta per la prima volta nella memoria ex art. 183, c. 6, n. 1) c.p.c. e caratterizzata da novità e alterità rispetto alle difese svolte in precedenza;
- rigettava nel merito le pretese degli odierni appellanti, ritenendo che, nel caso di specie, i sigg.ri A. P. e G. P. non avessero provato che il testamento olografo della sig.ra M. P. del 12.12.15 fosse stato dovuto ad una condotta di captazione realizzata dal sig. R. L. o ad un errore sul motivo commesso dalla stessa *de cuius* o a violenza, con condanna alle spese di lite.

Con atto di citazione in appello notificato in data 26.07.19, i sigg.ri A. P. e G. P. impugnavano la sentenza n. 1662/2019 del Tribunale di Genova, deducendo 7 motivi di appello.

Col *primo motivo d'appello*, gli appellanti lamentavano che il primo Giudice, nel rigettare la domanda di invalidità del testamento per captazione, avesse ommesso di esaminare e/o di valorizzare la documentazione da loro prodotta, da cui sarebbe emersa la condotta captatoria del sig. R. L. in danno della Sig.ra E. P.

Al riguardo, i sigg.ri A. P. e G. P. nell'atto di appello richiamavano, tra gli altri: la relazione del 27.05.2016 dell'Amministratore di sostegno della sig.ra E. P., Avv. M. (da cui emergerebbe che il sig. R. L. avesse plausibilmente condizionato la *de cuius*); la relazione dell'Amministratore di sostegno del 5.12.2016 (in cui si dichiarava che la sig.ra M. P. risultasse fortemente condizionata dal sig. R. L. e dai suoi collaboratori); l'esposto dell'Avv. C. del 25.09.2015; il provvedimento del Procuratore della Repubblica di Genova del 23.11.2015 di richiesta di nomina di un Amministratore di sostegno per la sig.ra E. P.; il provvedimento del 3.12.2018 del GIP presso il Tribunale di Genova (in cui si evidenziavano elementi di sospetto e/o preoccupazione quanto al rapporto tra la *de cuius* e il sig. R. L.).

Col *secondo motivo d'appello*, gli appellanti censuravano la sentenza di primo grado per "errata valutazione di un fatto storico decisivo", vale a dire nella parte in cui essa aveva attribuito rilevanza determinante, ai fini dell'esclusione di qualsiasi causa di invalidità del testamento, alla gestione del malore della sig.ra M. P. durante una vacanza ad A. nell'estate del 2012, considerando tale episodio fattore scatenante del progressivo allontanamento della *de cuius* dai familiari e, come tale, espressione di un lecito, plausibile e comunque non illogico mutamento di volontà della stessa.

Sul punto, i sigg.ri A. P. e G. P. lamentavano che il Giudice di prime cure, dopo aver ricostruito l'episodio sulla base della sola versione prospettata dall'originario convenuto sig. R. L. nel proprio atto introduttivo, lo avesse erroneamente qualificato quale giustificazione del distanziamento della zia rispetto ai nipoti, senza tenere in debito conto le circostanze di fatto

verificatesi da quel momento fino alla redazione del nuovo testamento (12.12.2015), che invece avrebbero dimostrato l'intento del sig. R. L. di isolare la *de cuius* dal proprio ambiente familiare.

Col *terzo motivo d'appello*, i sigg.ri A. P. e G. P. contestavano il capo della decisione del Tribunale di Genova con cui quest'ultimo aveva ritenuto inammissibili e/o irrilevanti i capitoli di prova dedotti e aventi ad oggetto le allegate condotte captatorie che il sig. R. L. avrebbe tenuto in danno della sig.ra E. P., nonché le allegazioni concernenti l'episodio di A. dell'estate 2012.

Gli originari attori, nello specifico, osservavano che le prove orali richieste - tutte in tesi aventi ad oggetto fatti e non valutazioni - avrebbero consentito di dimostrare il mutamento delle abitudini di vita della *de cuius* a seguito della comparsa nella sua esistenza del sig. R. L. e l'effettiva dinamica dell'episodio dell'estate del 2012 ad A.: con particolare riguardo a tale ultimo accadimento, i sigg.ri A. P. e G. P. evidenziavano che i testi avrebbero potuto chiarire se la sig.ra M. P. avesse correttamente percepito l'andamento dei fatti o se - come sostenuto dagli appellanti - fosse stato piuttosto il sig. R. L. ad indurla a credere in una versione distorta degli eventi.

Col *quarto motivo d'appello*, gli appellanti si dolevano del fatto che il Giudice di primo grado avesse ommesso di considerare le prove documentali da cui sarebbe risultato che il motivo per cui la sig.ra M. P. si era risolta a mutare le proprie disposizioni testamentarie (disinteresse della sorella e dei nipoti nei suoi confronti) fosse erroneo e, come tale, idoneo, anche ex art. 624, capoverso, c.c., ad infirmare la validità della scheda del 12.12.2015.

In particolare, i sigg.ri A. P. e G. P. argomentavano che i familiari della sig.ra M. P. avessero in più occasioni tentato di coltivare i rapporti con la zia, come emergerebbe, oltre che dai documenti sopra richiamati: dall'esposto alla Procura della Repubblica della sorella E. P. del 2014; dalla raccomandata a/r del 27.4.2015 della sig.ra E. P. diretta all'Avv. M.; dai tabulati telefonici della nipote sig.ra G. P. nel periodo 22.10.2010 - 21.11.2012; dal manoscritto della sig.ra M. P. prodotto in primo grado dalla difesa del sig. R. L. e temporalmente collocato da questi in un lasso temporale di poco successivo alla redazione del testamento del 12.12.2015.

Col *quinto motivo d'appello*, i sigg.ri A. P. e G. P. contestavano il capo della sentenza impugnata nella parte in cui essa, formulando un giudizio di inammissibilità, non aveva ammesso le richieste prove orali tese a dimostrare l'erroneità del motivo per cui la sig.ra M. P. avrebbe deciso di redigere il testamento olografo del 12.12.2015.

Secondo gli appellanti, i capitoli di prova dedotti sull'argomento avrebbero consentito, ancora una volta, di dimostrare l'insussistenza dell'indifferenza dei familiari nei confronti della *de cuius*, i cui tentativi di contatto con quest'ultima sarebbero stati piuttosto ostacolati o impediti dal sig. R. L. e dai suoi collaboratori.

Col *sesto motivo d'appello*, gli appellanti censuravano la decisione di prime cure nella parte in cui essa aveva giudicato inammissibile per tardività la loro domanda di accertamento della qualità di eredi della sig.ra M. P.

Sul punto, i sigg.ri A. P. e G. P. osservavano: che l'introduzione di tale domanda in sede di prima memoria ex art. 183, c. 6 c.p.c. fosse pienamente legittima, in quanto precisazione della domanda già formulata, in cui si chiedeva l'annullamento e/o la declaratoria di nullità e/o di invalidità del testamento del 12.12.2015 "con ogni conseguente declaratoria di legge"; che il loro *status* di eredi della sig.ra M. P. risultasse dai testamenti del 2010, pubblicati in data 04.04.2017, i quali, in con-

seguenza dell'eventuale declaratoria di invalidità della scheda del 12.12.2015, avrebbero riacquisito automaticamente efficacia; che l'art. 624 c.c. prevede che il testamento possa essere impugnato "da chiunque vi abbia interesse quando è l'effetto di errore, di violenza o di dolo".

Col *settimo motivo d'appello*, i sigg.ri A. P. e G. P. si dolevano delle statuizioni adottate dal Tribunale di Genova in punto spese di lite (complessivi euro 247.889,89).

Gli appellanti osservavano al riguardo che il Giudice di prime cure avrebbe dovuto ravvisare nel caso di specie quantomeno "gravi ed eccezionali ragioni" e quindi compensare le spese, in ragione delle comprensibili e plausibili motivazioni che li avevano spinti ad avviare la causa odierna.

Con comparse di costituzione e risposta depositate il 24.12.2019, si costituivano in giudizio il sig. R. L. e la sig.ra H. V. che, con difese sovrapponibili, sostenevano: il difetto di legittimazione attiva in capo agli appellanti per mancanza della qualità di eredi della *de cuius*; l'inammissibilità dell'appello in quanto sprovvisto di ragionevoli probabilità di accoglimento (art. 348 bis c.p.c.); l'infondatezza del gravame avverso, in quanto nel caso di specie né si sarebbe verificata captazione ai danni della sig.ra M. P., la quale nella scheda testamentaria del 12.12.2015 aveva chiarito che la modifica delle proprie volontà fosse da ricondursi all'indifferenza di nipoti e sorella nei suoi confronti, né vi sarebbe stato errore sul motivo, poiché i fatti alla base del progressivo raffreddamento dei rapporti familiari si sarebbero effettivamente verificati, restando del tutto irrilevante la percezione che possa averne avuta la *de cuius*; i documenti prodotti dagli appellanti e non considerati dal Giudice di prime cure non sarebbero stati idonei a fornire la prova dei pretesi artifici e raggiri posti in essere dal sig. R. L. e dalla sig.ra H. V., così come le prove orali dedotte in primo grado, da ritenersi peraltro rinunciate in quanto non espressamente reiterate nell'atto di appello.

Con comparse di costituzione e risposta depositate nelle date 11.12.2019 (A. G. G. O.), 20.12.2019 (A. I. R. C.), 26.12.2019 (F. A. V. O.), si costituivano in giudizio gli Enti benefici sopra indicati, affermando la propria estraneità a qualsivoglia attività captatoria eventualmente realizzata da parte degli altri appellati in danno della sig.ra M. P. e, più in generale, l'assenza tout court di rapporti di ogni tipo con la *de cuius*, nonché osservando che l'ipotetico annullamento da parte di codesta Corte del testamento del 12.12.2015 avrebbe dovuto essere limitato alle sole disposizioni in favore del sig. R. L. e della sig.ra H. V., con conseguente applicazione dell'istituto dell'accrescimento ex art. 674 c.c. in favore degli Enti istituiti eredi.

Istruita la causa documentalmente, dopo l'udienza collegiale del 10.10.19, la Corte di Appello con ordinanza del 24.10.2019 sospendeva l'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado con riferimento alla statuizione di condanna alle spese in favore dei signori R. L. e H. V. e fissava udienza per la precisazione delle conclusioni.

Le parti precisavano quindi le rispettive conclusioni all'udienza del 18/11/2021, tenutasi nelle forme della trattazione scritta, e la causa veniva trattenuta in decisione con concessione dei termini di rito per il deposito di comparse conclusionali e note di replica.

Con provvedimento del 14.03.2022, la causa veniva tuttavia rimessa sul ruolo a causa dell'assenza dal servizio di un Consigliere componente del Collegio, con rinvio della stessa all'udienza del 14.04.2022 per precisazione delle conclusioni e trattenimento a decisione immediata.

A quest'ultima udienza, tenutasi nuovamente nelle forme della trattazione scritta, rientrato in servizio l'originario com-

ponente del Collegio, le parti precisavano definitivamente le rispettive conclusioni e la causa veniva immediatamente decisa con camera di consiglio telematica.

L'appello è fondato e merita pertanto integrale accoglimento. Ed invero, essendo stata fin dall'atto introduttivo del primo grado la domanda dei signori A. P. e G. P. qualificata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 624, primo e secondo comma, c.c., giova ricordare in punto di diritto i costanti principi affermati da tempo al riguardo dalla Suprema Corte per poi farne corretta applicazione al caso oggi in esame alla Corte. In effetti, fin dagli anni Sessanta, è stato affermato che: "La captazione, quale ipotesi di dolo, non si concreta in una qualsiasi influenza esercitata sul testatore, attraverso blandizie, richieste suggerimenti, sollecitazioni e simili, ma deve concretarsi in veri e propri artifici e raggiri, ovvero in altri mezzi fraudolenti, idonei a trarre in inganno il testatore e ad indirizzare la sua volontà in un senso verso il quale, ove non vi fossero stati gli inganni e gli artifici, essa non si sarebbe indirizzata. Al fine di accertare se raggiri vi siano stati, la valutazione deve essere complessa, in quanto deve stabilirsi, da un lato, l'idoneità obiettiva dei raggiri e, dallo altro, la loro idoneità subjetiva e, quindi, porli in relazione alle particolari condizioni psicologiche, culturali ed ambientali del testatore nè deve dimenticarsi che occorre anche accertare il nesso di causalità e stabilire se quello che si pretende essere l'effetto della captazione non sia invece il prodotto della libera e spontanea determinazione del *de cuius*" (Corte Cass. 24.4.1965, n. 726) o, successivamente, negli anni Ottanta, che "In tema di errore ex art. 624 cod. civ. è necessaria la dimostrazione che la volontà del testatore sia stata influenzata in maniera decisiva dalla percezione, come reali, di fatti diversi dal vero.

Analogamente, in tema di dolo o violenza, sempre ex art. 624 cod. civ., occorre la prova che i fatti di induzione in errore o di violenza abbiano indirizzato la volontà del testatore in modo diverso da come essa avrebbe potuto normalmente determinarsi. Più in particolare, quanto al dolo, ad integrare la captazione non basta una qualsiasi influenza esercitata sul testatore attraverso blandizie, richieste, suggerimenti, sollecitazioni e simili, sia pure interessati, ma è necessario l'impiego di altri mezzi fraudolenti che, avuto riguardo all'età, allo stato di salute e alle condizioni psichiche del *de cuius*, siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso verso il quale non si sarebbe spontaneamente indirizzata" (Cfr. Corte Cass., 22.1.1985, n. 254).

Significativa e rilevante è in particolare la sentenza che ha precisato: "Poiché la prova di una attività captatoria della volontà del testatore non può aversi normalmente in via diretta, la stessa può desumersi da comportamenti, atti, successione di eventi altrimenti non comprensibili e del testatore e di coloro che dalla frode stessa vengano a trarre beneficio. Ai predetti fini, sono, pertanto, ammissibili e rilevanti prove testimoniali dirette a dimostrare il comportamento dei parenti diretto ad isolare il testatore dal figlio naturale durante gli ultimi giorni di vita del primo, specie quando i rapporti fra i due soggetti, ottimi ed affettuosi fino agli ultimi giorni di vita del testatore, siano improvvisamente cambiati, senza alcuna evidente ragione, nello ultimissimo tempo di vita dello stesso, tanto da indurlo a redigere un testamento pubblico malgrado avesse già provveduto, con precedenti olografi, a curare minuziosamente il trasferimento dei propri beni per il tempo successivo alla sua morte (Corte Cass. 18.8.1981, n. 4939).

Più di recente, ma sempre negli stessi termini, la Corte di Cassazione ha ancora affermato che: "In tema di impugnazione di una disposizione testamentaria che si assuma effetto

di dolo, per potere configurarne la sussistenza non è sufficiente qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore mediante blandizie, richieste, suggerimenti, sollecitazioni e simili, ma occorre la presenza di altri mezzi fraudolenti, i quali - avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito dello stesso - siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata; ai fini del convincimento del giudice in ordine alla capacità del testatore, può essere rilevante anche la forma con cui è stato redatto il testamento. Dette valutazioni costituiscono apprezzamenti di fatto non sindacabile in sede di legittimità, se sorretti da congrua motivazione" rimarcando nel caso sottoposto al suo vaglio che "sia il luogo di redazione del testamento, in quanto ostensibilmente convegno amoroso, che le condizioni personali del testatore (cinquantenne affetto da ciclotimia), che la forma in cui il testamento venne redatto, che la postilla già rimarcata inducono concordemente a ritenere che l'attività di convincimento della Trovato, che tutto contribuisce a dimostrare attuata, non fu limitata a blandizie o simili, ma si concretò in un consapevole sfruttamento delle condizioni emozionali, caratteriali e di età del Pernice, onde captarne dolosamente la volontà" aggiungendo ancora che "il concetto di dolo contrattuale e di dolo testamentario (captazione) è unitario, non potendosi, in entrambi i casi, prescindere dalla necessità di un voluto e cosciente impiego di mezzi fraudolenti, idonei a trarre in inganno colui verso il quale sono diretti. Nel caso del testamento, tuttavia, tale idoneità deve essere valutata con maggior larghezza e con più specifico riferimento al concreto soggetto passivo, sia per la particolare natura del negozio da lui compiuto, sia perché, più facilmente, nel momento di compierlo, egli può risultare incline a subire l'altrui suggestione a causa di condizioni di salute e di spirito anormali" (Cfr. Corte Cass., 14.6.2001, n. 8047, e poi ancora, ex plurimis, Corte Cass., 22.4.2003, n. 6396, Corte Cass., 28.5.2008, n. 14011). Orbene, ciò premesso e richiamato, ritiene questa Corte che si siano realizzati nel caso in esame tutti i sopra ricordati presupposti in fatto, idonei ad integrare una vera e propria ipotesi di captazione ex art. 624, I comma, c.c., a danno della defunta signora M. P.

In accoglimento del primo motivo di appello, assorbente rispetto agli altri, si ritiene infatti che dalla copiosa documentazione prodotta in atti fin dal giudizio di primo grado emergano diversi elementi presuntivi che, valutati nel loro complesso, risultano tutti coerenti e concordanti in tale senso:

- si veda in primo luogo il ricorso per la nomina urgente di Amministratore di Sostegno a beneficio della signora M. P., depositato in data 23.11.2015 (e quindi meno di un mese prima della redazione del testamento de quo) dal Procuratore della Repubblica di Genova, ad esito dell'esposto presentato dall'Avv. A. C., legale di fiducia da anni della signora M. P., nel settembre precedente, con il quale il Procuratore "considerato che la donna vive sola ed è proprietaria di un consistente patrimonio immobiliare; atteso che la salute della donna è precaria e necessita di assistenza e di cure; vista l'intrusione di soggetti estranei alla famiglia nel prestare cure senza che sia ben chiaro il tipo di rapporto instauratosi tra loro e l'anziana e considerate, altresì, le spese ingenti sostenute dalla M. P. per beni non propriamente a lei utili, come l'acquisto di un'autovettura A. Q3 lasciata in uso esclusivo a persona estranee alla famiglia, nonché biglietti per viaggi in traghetto in periodi in cui l'anziana per ragioni salute non si sarebbe potuta muovere; Rilevato che l'anziana si è ultimamente allontanata dai familiari per motivi non chiari": ri-

corso ad esito del quale è infatti stata aperta la relativa procedura e nominato un Amministratore di sostegno a beneficio della signora M. P. nella persona dell'Avv. F. M. con decreto del 13.1.2016;

- significativa appare inoltre la cartella clinica relativa al ricovero della signora M. P. in data 29.11.2015 presso l'Ospedale S. M. di G. - durante il quale ella ha redatto il testamento olografo per cui è causa, del 12.12.2015 - alle cui dimissioni, avvenute in data 23.12.2015 e quindi solo undici giorni dopo la redazione del testamento de quo, viene emessa la diagnosi di "scompenso cardiaco, insufficienza renale cronica, fibrillazione atriale cronica, infezione ospedaliera delle vie urinarie, sepsi, obesità, ipertensione arteriosa sistemica" e riportata altresì che in anamnesi erano risultati "diabeti mellito tipo 2, asma allergico, nevralgia post-erpetica alla spalla destra, pregresso ictus ischemico, colecistectomia";
- da ricordare ancora la prima relazione redatta dal nominato Amministratore di sostegno (nella sua qualità, giova ricordare, di Pubblico Ufficiale: V. Cass. Pen., sez VI, 12.11.2014, n. 50754) e depositata in data 27.5.2016 nella quale, dopo aver ricostruito la più che florida situazione economica della beneficiaria, che infatti viveva delle rendite del suo patrimonio immobiliare ed immobiliare (costituito, in estrema sintesi, il primo da ben 127 immobili, di cui 59 in proprietà esclusiva, ed il secondo in strumenti finanziari di varia natura e rischiosità nonché fondi di investimento custoditi per circa Euro 675.000,00, oltre ad un investimento in diamanti per circa Euro 60.000,00, due autovetture e conti correnti) ha riportato, tra le altre cose: gli incontri dalla stessa avuti con la beneficiaria i giorni 8 febbraio, 11 marzo, 23 marzo e 1° aprile 2016, con i parenti della medesima, ad esito dei quali, valutati "diversi eventi", specificamente elencati nella relazione, l'Ads ha maturato la convinzione "che il sig. R. L. non sia persona affidabile oltre che adatta a gestire incombenze come quelle di cui è onerato" e che era "plausibile che il signor R. L. esercitasse un condizionamento sulla signora M. P." se "si riflette sul fatto che "nel tempo, ogni punto di riferimento della vita della M. P. è stato cambiato e che gli unici punti fissi restano solo R. L. ed A." precisando che ciò era da ritenersi "non solo con riferimento ai familiari, ma anche con riguardo a soggetti che hanno tessuto relazioni di conoscenza e confidenza con la signora M.P. in molti anni" quali il cardiologo, le ditte alle quali affidare incarichi, l'agenzia immobiliare alla quale affidare i mandati, il commercialista che ne curava da vent'anni gli interessi; le anomalie dei conti correnti, dal cui esame è emerso in sintesi che dal 2012 al 2015 i soli prelievi di denaro agli sportelli bancari, anche tramite l'emissione di assegni intestati a sé stessa, sono ammontati a complessivi euro 242.500,00 ed i pagamenti con carta bancomat dal 2013 al 2015 sono ammontati a complessivi euro 61.303,60;
- circostanze confermate e, per così dire, risultate aggravate nella successiva relazione del medesimo Amministratore di sostegno del 16.12.2016 ove veniva ulteriormente evidenziato che, nella sua qualità, aveva preso atto del "disagio" in cui versava all'epoca la signora M. P., "disagio che l'ha portata addirittura a chiedere di affittare per un anno un appartamento fuori G. con il dichiarato scopo di allontanarsi dalla sua casa, dai luoghi dove ha vissuto per 83 anni, sino alla decisione del GT" giungendo l'ADS ad affermare di non essere convinta "che la signora M.P. sia in grado di decidere lucidamente e senza subire pressioni esterne dove vuole vivere da qui ad un anno e/o oltre", e che era suo parere che "la presenza di un'amministrazione di sostegno potrebbe essere vissuta in maniera assolutamente serena se le persone che vi-

vono a stretto contatto con la beneficiaria ossia il sig. R. L. e la signora H. V. la tranquillizzassero mentre ho la netta impressione che fomentino continuamente ansie e paure immotivate in una persona anziana e malata", riportando altresì fatti oggettivi quali il fatto che era capitato in molte occasioni che "i dipendenti della beneficiaria l'abbiano accompagnata in Banca a ritirare somme di denaro extra senza aver ricevuto la mia conferma che lo sportello fosse stato avvisato" o che "il cellulare della signora M. P. è pressochè sempre spento; la signora H. V. non risponde mai alle mie telefonate; l'unica persona con la quale riesco a relazionarmi se ho necessità è il sig. R. L.; da un recente colloquio con un medico che ha visitato diverse volte la signora M. P. è emerso che la badante signora H. V. sarebbe avvezza ad un uso non moderato di alcool";

- fino ad arrivare al verbale di sommarie informazioni rese in data 11.1.2017 dalla Dott.ssa A. G. e cioè dal medico che era di turno al Pronto Soccorso dell'Ospedale di A. T. la sera del 6.1.2017 in cui vi è stata portata la signora M. P., ormai senza vita: ella ha infatti dichiarato (nuovamente nella sua qualità di Pubblico Ufficiale) che "Quando è arrivata, la signora era da sola, nel senso che con lei non è venuto nessuno (...). Dopo un po' sono iniziate ad arrivare diverse persone, alla spicciolata e non insieme tra loro, che alla fine ho contato come sette persone. Si tratta di persone che si presentavano chiedendo della signora M. P. e attribuendosi, dichiaratamente, attività di collaboratori della signora senza essere parenti. Dico questo perché chi si presentava veniva chiedendo, senza mostrare interesse per la morte della donna, di poter ritirare i suoi effetti personali (...). ho chiesto se c'erano parenti della signora M. P. e mi hanno risposto due uomini (...). Si sono qualificati uno come factotum (parola testuale sua) e l'altro autista della signora. Questi due, senza chiedere altro, mi hanno detto direttamente che volevano ritirare gli oggetti personali della M. P. Io ho risposto loro che secondo la procedura giusta io avrei dovuto riconsegnare le cose della signora ad un parente e quando ho chiesto loro se la signora avesse avuto o meno un parente, mi hanno risposto che la signora non aveva nessuno (...) tra le persone venute in Pronto Soccorso per la M. P. c'era anche una signora, dall'aspetto e dall'accento straniero, che si era qualificata come badante (...) io mi sono rivolta a lei per chiederle se la signora prendeva delle medicine, ma non sapeva cosa assumesse e per quali patologie. Anzi la badante chiese al segretario quali medicinali prendesse la M. P. e neanche lei lo sapeva (...) dopo aver chiamato l'amministratrice, ho capito che non potevo fidarmi e che mi era stato tenuto nascosto fino ad allora l'esistenza di un amministratore della defunta e di un familiare. Allora ho preferito chiamare i Carabinieri (...) a cui ho spiegato cosa era successo ed ho riferito loro che avevo avuto l'impressione che chi si era presentato a richiedere gli oggetti di valore non aveva interesse affettivo per la signora M. P.. Ho detto loro anche che inizialmente mi avevano sottaciuto l'esistenza di un nipote e di un amministratore della M. P. (...);
- a ciò si aggiungano, la richiesta di archiviazione del PM del 17.5.2018 ed il provvedimento del Giudice per le Indagini Preliminari del 3.12.2018, alla cui significativa lettura si rimanda.

In questa situazione, dovendo svolgere in questa sede quella "valutazione complessa" richiesta ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 642, primo comma, c.c. ed avendo presente che il dolo in questione è da esaminare "con maggior larghezza e con più specifico riferimento al concreto soggetto passivo", si ritiene in

primo luogo che per la particolare natura del negozio da lei compiuto, ovvero un testamento che è andato in totale contrasto con quello precedente redatto in favore dei familiari, e per il fatto che, nel momento di compierlo, la signora M. P., in ragione delle sue più che precarie condizioni di salute che infatti in quel momento l'avevano costretta al ricovero in ospedale, poteva risultare certamente incline a subire l'altrui suggestione, esso sia da ritenersi invalido perché appunto frutto di "captazione" da parte del signor R. L..

Tutti gli elementi di prova sopra ricordati (alcuni presuntivi, ma altri costituenti vere e proprie fonti di prova oggettive) consentono infatti di affermare che il signor R. L. e la badante signora H. V. hanno posto in essere a danno della povera signora M. P. tutta una serie di mezzi fraudolenti idonei a trarla in inganno sulla realtà e ad indirizzare le sue ultime volontà in modo del tutto diverso da quello che, diversamente, erano state e sarebbero state.

In altre parole, sfruttando biecamente (si veda l'atteggiamento di totale disinteresse e distacco emotivo tenuto al momento del decesso della signora M. P., morta da sola al P.S., riportato dalla dott.ssa G.) le sopra richiamate condizioni soggettive di effettiva "vulnerabilità" (con ciò condividendo la tesi degli appellanti) della signora M. P., essi, ed in particolare il signor R. L., hanno progressivamente isolato la medesima dal suo ordinario contesto di vita e di relazioni, familiari e non solo, creando quel "muro di gomma" così ben descritto ed evidenziato dalle due sopra ricordate relazioni dell'ADS, e che ha indotto la stessa a false rappresentazioni della realtà giungendo ad influenzare la di lei volontà in un senso (a favore del R. L. e della badante, e, ad abundantiam, degli Enti Benefici) verso il quale ella, diversamente, non si sarebbe mai spontaneamente orientata.

Si ritiene cioè che, nel contesto di progressivo isolamento e condizionamento della signora M. P. posto in essere dal R. L., così come sopra ricostruito, - contraddistinto da comportamenti, atti, successioni di eventi altrimenti non comprensibili - il testamento olografo in esame non sia affatto il prodotto della di lei libera e spontanea determinazione, essendo stata la sua volontà influenzata in modo deciso dalla percezione come reali di fatti in realtà diversi da vero.

E proprio con riferimento alla "falsa rappresentazione della realtà", con ci ritenendo fondato anche il secondo motivo di appello, significativa è apparsa altresì la diversa ricostruzione dell'episodio accaduto in occasione del malore della signora M. P. mentre si trovava ad A. dell'agosto 2012, fornita dalle parti e che è stata posta, nella versione di parte convenuta, a fondamento decisivo della sentenza appellata.

In effetti, ciò che è realmente accaduto in tale frangente - tra l'alternativa, in estrema sintesi, di un accordo tra la signora M. P. e il nipote circa il ritorno a G. per essere ivi ricoverata presso la già conosciuta V. S. ed essere affidata alle cure del suo cardiologo di fiducia Prof. V. e la decisione unilaterale del nipote di portarla a G., contrariamente alle volontà della zia di poter rimanere in loco ed essere assistita da un medico di zona - non appare di univoca lettura e la circostanza, peraltro, che all'epoca il R. L. non fosse ancora presente nella vita della signora M. P., e quindi non avesse potuto percepire in modo diretto la realtà dei fatti, porta ancora una volta a ritenere che la versione dalla sua difesa fornita, fatta propria dalla sentenza appellata, rientra nell'insieme di quei "mezzi fraudolenti" posti in essere dal R. L. per influenzare, a proprio favore e contro i familiari, la volontà della testatrice.

Non convince, pertanto, neppure sotto profilo, la sentenza gravata posto che la ricostruzione dei fatti del R. L. è stata posta a fondamento della decisione come un fatto storico decisivo ai fini dell'esclusione della ricorrenza nella specie dell'invocata ipotesi

di cui all'art. 624 c.c., e ciò dovendo anche porre mente al fatto che, in ogni caso, come condivisibilmente ha evidenziato la difesa degli appellanti, tale episodio si è verificato ben tre anni prima della redazione del testamento de quo.

Solo per completezza, appare altresì da rimarcare, con ciò accogliendo specificamente anche il terzo motivo di appello, che ad avviso di questa Corte il Giudice di primo grado ha altresì errato, oltre a non valutare i sopra ricordati documenti decisivi, nel non ammettere le prove testimoniali che la difesa degli attori, odierni appellanti, avevano articolato per provare la ricorrenza dei presupposti della captazione: in effetti, la prima parte di essi erano volti a dimostrare il "prima" dell'ingresso nella vita dalla signora M. P. del R. L. e del suo entourage, connotato da una vita morigerata ed una costante ed affettuosa frequentazione dei nipoti con la medesima, mentre con la seconda parte essi erano testi a evidenziare il "dopo" e cioè l'accadimento di fatti e comportamenti relativi alla vita della medesima del tutto inspiegabili rispetto alle precedenti condotte di vita poiché, appunto, il risultato di un "dolus malus causam dans".

Da qui, per l'insieme delle considerazioni fin qui svolte, l'accoglimento integrale dell'appello e la conseguente dichiarazione di nullità del testamento olografo redatto dalla signora M. P. in data 12.12.2015 e pubblicato in data 27.1.2017 ex art. 624, primo comma, c.c.

Appare a questo punto chiaro che, da un lato, la ritenuta nullità travolge l'intera disposizione testamentaria, proprio perché viziata, per così dire, alla fonte nel processo di formazione della volontà della *de cuius*, sicché non può di certo ritenersi valido il legato a favore della signora H. V. né configurarsi un annullamento parziale che in qualche modo faccia salva, né tanto meno accresca, la parte relativa alle disposizioni ivi contenute ai pur incolpevoli tre Enti benefici.

Dall'altro lato che, essendo in ragione dell'odierna statuizione privato di effetti l'impugnato testamento del 12.12.2015, torna ad avere efficacia il testamento olografo redatto dalla signora M. P. in data 25.10.2010, così come successivamente integrato e precisato in data 30.10.2010 e 4.11.2010, pubblicati il giorno 4.4.2017 dal Notaio A. N.: ciò determina, all'evidenza, non solo la piena legittimazione attiva degli attori, odierni appellanti, ma anche "ogni conseguente declaratoria di legge" tra cui la consegna e/o restituzione dei beni ereditari.

Le spese di lite, del doppio grado di giudizio, non possono che seguire la soccombenza ed essere quindi liquidate a favore degli attori e a carico solidale degli odierni appellati.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria o diversa istanza: Accoglie integralmente l'appello proposto dai signori A. P. e G. P. avverso la sentenza la sentenza pronunciata dal Tribunale di Genova n. 1662/2019, pubblicata in data 28.06.2019 e per l'effetto, ad integrale riforma della stessa; dichiara la nullità ex art. 624, I comma, c.c. del testamento olografo redatto dalla signora M. P. in data 12.12.2015 e pubblicato il 27.1.2017, con ogni conseguente declaratoria di legge, tra cui l'efficacia del precedente testamento olografo dalla medesima redatto in data 25.10.2010, così come successivamente integrato e precisato in data 30.10.2010 e 4.11.2010, pubblicato il giorno 4.4.2017, e la consegna/restituzione dei beni ereditari a carico degli appellati; condanna gli appellati, in solido fra loro, al pagamento in favore degli appellanti delle spese di lite del doppio grado di giudizio, che liquida per il presente grado, compresa la fase inibitoria, in complessivi € 22.000,00 per compensi, oltre oneri ed accessori di legge. (...omissis...)

Massimario

Tribunale di Genova, sez. I civ., 20 aprile 2022 - Giudice Unico Lippi.

AZIENDA - contratto di cessione - annullamento per vizio del consenso - esclusione per mancanza dei requisiti del rapporto gestorio.

(Art. 2094 c.c.)

Il rapporto tra proprietario e gestore si manifesta come una collaborazione paritaria, finalizzata all'esercizio congiunto di un'attività economica di cui vengono condivisi utili e perdite.

Non è considerabile in detti termini il rapporto di lavoro del barista, vincolato ad orari di lavoro e remunerato con un compenso per l'attività prestata, poiché integra gli estremi del rapporto di lavoro dipendente.

(Cfr.: Cass., ord., n. 19234/2020; Cass., n. 5961/2010)

EL.C.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 25 marzo 2022, n. 736 - Giudice Unico Tuttobene.

CONTRATTO in genere - contratto di utenza - remunerazione dei costi da implementazione del servizio idrico - mancata garanzia del trattamento secondario delle acque reflue - esclusione titolarità a richiedere l'esazione del corrispettivo per mancanza della controprestazione.

(Artt. 74, 105, 154 D.Lgs. 152/2006)

PRESCRIZIONE e decadenza - restituzione in unica soluzione somme non dovute - prescrizione decennale.

(Art. 2948 c.c.)

Le somme pagate dall'utente a fronte del servizio idrico integrato costituiscono il corrispettivo di una prestazione commerciale complessa che trova fonte nel contratto di utenza.

In caso di mancata fruizione, da parte dell'utente, del servizio di depurazione, per fatto a lui non imputabile, è irragionevole, per mancanza della controprestazione, l'imposizione dell'obbligo del pagamento della quota riferita a detto servizio.

(Cfr.: Cass., sez. un., n. 16832/2017; Cass., n. 3692/2020)

In tema di pagamento delle bollette afferenti il servizio idrico integrato, il credito concernente la restituzione delle somme pagate nel passato non è periodico, atteso che il Comune deve restituire le somme in una unica soluzione e non a rate.

Ne consegue che il diritto è soggetto al termine prescrizione decennale che decorre dalle date dei singoli pagamenti.

(Cfr.: Cass., ord., n. 1998/2020)

EL.C.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 16 novembre 2022 - Giudice Unico Del Nevo - Parrocchia di San Martino in Portofino. B. e M.

POSSESSO e azioni possessorie - lavori intrapresi in un immobile - nuova opera - pericolo di danni ad immobile li-

mitrofo di interesse storico artistico - denuncia - divergenza dalle indicazioni del CTU - divieto di continuazione.

(Art. 1171 c.c.)

POSSESSO e azioni possessorie - lavori intrapresi in un immobile - istanza di prosecuzione dell'opera sulla base di un nuovo progetto - opere differenti da quelle inizialmente sottoposte al vaglio del giudice - mancato rispetto delle prescrizioni del CTU - infondatezza della istanza.

(Art. 1171 c.c.)

Qualora i progetti presentati non contengano l'osservanza delle prescrizioni e cautele individuate dal CTU in ordine alla esistenza di una "paleofrana, definita frana naturalmente stabilizzata", si deve trarre la doverosa conseguenza che la mancanza di queste ultime può provocare un danno in caso di prosecuzione della costruzione (ascensore), così venendo integrato il presupposto del "danno alla cosa che forma l'oggetto del diritto", previsto dall'art. 1171 c.c., tale da ottenere un provvedimento dell'autorità giudiziaria di divieto di continuazione dell'opera.

L'istanza avanzata da parte reclamante di consentire la prosecuzione delle opere sulla base del secondo progetto presentato in corso di causa, è del tutto infondata, trattandosi di opere differenti da quelle inizialmente sottoposte al vaglio del giudice e che comunque necessitano, al fine della loro adozione, della redazione di un progetto esecutivo che tenga conto dei rilievi svolti dalla c.t.u.

(Nel caso di specie il Giudice ha sospeso l'esecuzione delle opere, appena intraprese dai convenuti, per costruire un ascensore che collegasse il piano della strada pubblica sottostante agli immobili di loro proprietà, sulla base delle censure mosse dalla parrocchia attrice al progetto dell'opera, che secondo la ricorrente poneva potenzialmente a rischio di gravi danni la chiesa millenaria posta a pochi metri dal cantiere, e separata da esso soltanto dalla strada pubblica).

Tribunale di Genova, sez. II civ., 7 settembre 2022 - Giudice Unico Polichetti.

PROCEDIMENTO civile - prova civile - prove atipiche - valore probatorio - presunzioni semplici - poteri del giudice - libera valutazione - utilizzabilità - sussiste.

(Art. 2729 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - nesso di causalità - configurabilità - accertamento - criteri - ragionamento logico-deduttivo - fatti materiali a fondamento - prova - necessità.

Nell'ambito del processo civile manca una norma generale, quale quella prevista in ambito penalistico dall'art. 189 c.p.p., che legittima espressamente l'ammissibilità delle prove non disciplinate dalla legge.

Ciò non di meno, l'assenza di una norma che prescriva il numerus clausus delle prove, l'oggettiva estensibilità contenutistica del concetto di produzione documentale, l'affermazione del diritto alla prova ed il correlativo principio del libero convincimento del giudice, inducono ad escludere che l'elencazione delle prove nel processo civile sia tassativa e a ritenere quindi ammissibili le prove atipiche, con efficacia probatoria comunemente indicata come relativa a presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. od argomenti di prova.

In particolare, devono ritenersi prove atipiche gli scritti provenienti da terzi a contenuto testimoniale, gli atti dell'istruttoria penale o amministrativa, i verbali di prova espletati in altri giudizi, le sentenze rese in altri giudizi civili o penali, comprese le sentenze di patteggiamento, le perizie stragiudiziali, i chiarimenti resi al CTU, le informazioni da lui assunte, le risposte eccedenti il mandato e le CTU rese in altri giudizi fra le stesse o altre parti.

Con la precisazione per cui il giudice, nella formazione del proprio convincimento, è libero di apprezzare il valore di ogni prova, tipica o atipica, e di valutarne la rilevanza, l'attendibilità e la preponderanza.

(In senso conforme Cass., n. 21187/2019)

In tema di responsabilità civile, il nesso di causalità non va inteso come un fatto materiale, bensì come una costruzione logica, e in quanto tale costituisce oggetto non di un accertamento fattuale, bensì di un ragionamento logico-deduttivo. Tuttavia, sebbene rispetto a tale ragionamento non siano concepibili questioni di prova, ma solo di coerenza logica, rimane pur sempre necessario che siano debitamente provati i fatti materiali sui quali il suddetto ragionamento si fonda, nella considerazione per cui la prova di tali fatti può essere data con ogni mezzo, ivi comprese le presunzioni semplici, atteso che la legge non pone alcuna limitazione al riguardo.

Peraltro, qualora un evento dannoso sia astrattamente ascrivibile a più cause, il giudice deve accertare quali, tra quelle possibili, appaia la più probabile: tale giudizio va compiuto non in astratto ma in concreto ed in relazione alla probabilità relativa che ciascuna ipotetica causa può avere rispetto alle altre.

(In senso conforme Cass., n. 4020/2018)

MI.F.

Tribunale di Genova, sez. V civ., 19 ottobre 2022 - Pres. Tutobene - Rel. Bianchi.

PROCEDIMENTO civile - procedimento cautelare - reclamo - domanda cautelare inibitoria - reiezione.

(Art. 669 terdecies c.p.c., art. 111 TUF)

PROCEDIMENTO civile - procedimento cautelare - procedimento d'urgenza - fusione per incorporazione - perdita della qualità di socio - periculum in mora - imminenza della fusione - insussistenza.

(Art. 700 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - procedimento cautelare - procedimento d'urgenza - pregiudizio fiscale o di concambio azionario - ristoro risarcitorio - tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. - inammissibilità.

(Art. 700 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - procedimento cautelare - sequestro - oggetto - custodia - insussistenza.

(Art. 670 c.p.c.)

La tutela invocata dalla società reclamante con la domanda cautelare inibitoria non è più attuale, né giuridicamente prospettabile allorché la Banca reclamata ha acquistato le azioni già di proprietà della reclamante azionando il diritto di acquisto di cui all'art. 111 TUF

Data l'imminenza della fusione non sussiste il pregiudizio invocato visto che a seguito della fusione la reclamante non potrebbe comunque conservare la titolarità di azioni della banca incorporata e le azioni della società incorporante sono liberamente acquistabili sul mercato azionario da parte della reclamante.

Il pregiudizio con riferimento ad eventuali profili fiscali o di minore convenienza del concambio praticabile sarebbe pienamente suscettibile

di ristoro risarcitorio, con la conseguente e notoria inammissibilità della tutela cautelare di cui all'art. 700 c.p.c.

La fusione per incorporazione, avendo per effetto di "annullare" le azioni della banca incorporata, fa venire meno l'oggetto dell'eventuale sequestro e l'opportunità di sua custodia.

P.M.O.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 2 agosto 2022 - Giudice Unico Bianchi.

RESPONSABILITÀ civile - prestatore di servizi in rete (hosting provider) - recensioni - contenuti diffamatori e denigratori - conoscenza da parte dell'hosting provider - richiesta di rimozione delle recensioni diffamatorie e denigratorie - obbligo di rimozione - sussiste.

Sussiste la responsabilità derivante dallo svolgimento di attività di hosting in capo al prestatore di servizi di rete che non abbia provveduto all'immediata rimozione dei contenuti illeciti, qualora ricorrano, congiuntamente: a) la conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio; b) la ragionevole possibilità di constatarlo, alla stregua del grado di diligenza richiesto ad un operatore professionale della rete; c) la possibilità di attivarsi utilmente ai fini della rimozione. (Capita, infatti, che i commenti negativi sono inviati in automatico per cui "si tradiscono" e questo al punto che contengono (come nel caso di specie) riferimenti, ad esempio alla località o al bene venduto, che non sono riferibili all'esercizio commerciale oggetto di critica. Nonostante i ricorrenti avessero rappresentato questo a Google, quest'ultima non aveva provveduto ad eliminare tali commenti negativi palesemente non riferibili all'attività del ricorrente).

Tribunale di Genova, sez. II civ., 31 ottobre 2022, n. 2452 - Giudice Unico Bonsignore.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per danni da cosa in custodia - responsabilità del custode - natura oggettiva - presupposti - nesso eziologico tra res e danno - prova liberatoria - caso fortuito - condotta imprevedibile del danneggiato - uso improprio della res - sussiste.

(Art. 2051 c.c.)

La responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. ha carattere oggettivo, e non presunto, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell'attore del nesso di causalità tra la cosa in custodia ed il danno, mentre sul custode grava l'onere della prova liberatoria del caso fortuito, rappresentato da un fatto naturale o del danneggiato o di un terzo, connotato da imprevedibilità ed inevitabilità, dal punto di vista oggettivo e della regolarità o adeguatezza causale, senza che assuma alcuna rilevanza la diligenza o meno del custode.

Ciò non di meno, affinché possa ritenersi sussistente il nesso eziologico tra la cosa in custodia ed il danno, deve ricorrere la duplice condizione che il fatto costituisca un antecedente necessario dell'evento, nel senso che quest'ultimo rientri tra le conseguenze normali ed ordinarie di esso, e che l'antecedente medesimo non sia poi neutralizzato, sul piano causale, dalla sopravvenienza di circostanze da sole idonee a determinare l'evento.

Ne discende, che l'obbligo del custode di segnalare il pericolo connesso all'uso della cosa si arresta di fronte ad un'ipotesi di utilizzazione impropria da parte del danneggiato, la cui pericolosità sia talmente evidente ed immediatamente apprezzabile da chiunque, tale da renderla del tutto imprevedibile, così che detta condotta, qualora da essa derivi il danno, costituisce caso fortuito per gli effetti dell'art. 2051 c.c..

(In senso conforme Cass., Sez. Un., n. 20943/2022)

MI.F.

Documenti

Brevi riflessioni in tema di protezione internazionale (e non solo)

Salvatore Filippini La Rosa

Avvocato, osservatore internazionale

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La protezione internazionale. - 3. Altre forme di protezione. - 4. Climate refugee: quali prospettive? - 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Alla fine, è successo e sembra ben lontano dal terminare. Quello che molti sino all'ultimo ritenevano improbabile ha preso forma e il 24 febbraio 2022, con l'inizio delle temute operazioni militari russe nel territorio ucraino, la guerra, vera e aperta, è tornata nel cuore dell'Europa. C'erano state eccezioni nella ex Jugoslavia, a partire dal 1991, e in Crimea, con l'invio di truppe da parte di Mosca nel 2014, ma il nostro continente era in pace da quasi ottant'anni. Ancora una volta gli effetti sono devastanti e sono i soggetti più deboli, facilmente individuabili nelle popolazioni civili, a dover sopportare in misura maggiore atrocità e sofferenze e quindi, ove ciò sia possibile, a cercare di sottrarsi a tali effetti, cercando rifugio in altri Paesi. Non è lo scopo di queste brevi riflessioni valutare le ragioni dei due Paesi in conflitto, pur essendo chiaro che, qualunque violazione del diritto internazionale, soprattutto quando si realizzi attraverso l'uso della forza nei rapporti tra gli Stati, deve essere oggetto di ferma condanna. Può essere invece opportuno ricapitolare brevemente la normativa sulla protezione internazionale (e non solo quella) a favore di chi vi abbia diritto, poiché una nuova ondata di persone, in aggiunta a quelle provenienti da altre aree di crisi in Paesi non europei, ha lasciato l'Ucraina e sta muovendosi all'interno del nostro continente per ottenere asilo e protezione. Se, infatti, non vi sono dubbi circa il diritto dei civili ucraini fuggiti a vedersi garantita la protezione internazionale ovvero, laddove manchino i requisiti necessari, una diversa forma di protezione, sia essa umanitaria o temporanea, è altrettanto vero che anche chi proviene da situazioni di conflitto, altrettanto gravi, in Paesi extra europei, dovrebbe ricevere un eguale livello di protezione, il tutto ai sensi delle stesse norme applicabili e applicate, nel caso specifico, ai cittadini ucraini.

2. La protezione internazionale.

È noto che il primo strumento atto a disciplinare il riconoscimento dei rifugiati e a sancirne i diritti inviolabili è costituito dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, adottata dalla Conferenza dei plenipotenziari delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 22 aprile 1954 (1). Essa è stata poi seguita dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, entrato in vigore il 4 ottobre dello stesso anno, con cui l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ai fini del riconoscimento dello status, ha abolito sia il limite temporale degli eventi occorsi anteriormente al 1° gennaio 1951, sia i limiti geografici relativi ai Paesi di provenienza dei rifugiati (2). Detta Convenzione, modificata dal Protocollo di New York, costituisce la base imprescindibile e universale per riconoscere i *genuine refugee* (3).

Il rifugiato, innanzitutto, è caratterizzato dal fondato timore di essere perseguitato (4) per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica e appartenenza a un determinato gruppo sociale.

Egli, inoltre, trovandosi fuori del Paese di cui è cittadino (o di cui è residente, qualora sia apolide), non può o non vuole, a causa di tale fondato timore, avvalersi della protezione di tale Paese, ed è titolare del diritto a non esservi respinto (5). Peraltro, in termini di razza, religione e opinione politica, oltre che di origine nazionale o sociale, di colore, di lingua, di ricchezza e di nascita, si era già espressa l'Assemblea generale dell'ONU quando, il 10 dicembre 1948, aveva approvato la Dichiarazione universale dei diritti umani, ove si sanciva per ogni individuo la titolarità di tutte le libertà fondamentali, senza alcuna distinzione fondata sulle predette condizioni.

Alle stesse limitazioni aveva fatto riferimento anche la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 4 novembre 1950, modificata e integrata da 14 Protocolli aggiuntivi, sancendo innanzi tutto, all'art. 2 (6), il diritto alla vita e vietando, all'art. 14 (7), qualunque discriminazione basata, appunto, sulle medesime condizioni.

È bene ricordare che la valutazione del ragionevole timore d'essere perseguitato, condizione essenziale per il riconoscimento dello status di rifugiato, si fonda su elementi sia soggettivi, sia oggettivi.

I primi consistono nelle caratteristiche personali del richiedente (età, sesso, precedenti familiari e personali, appartenenza a un gruppo sociale, politico, religioso), che condizionano la sua percezione dei pericoli cui è esposto e, quindi, il suo fondato timore di persecuzione.

I secondi riguardano la situazione oggettiva del Paese di provenienza che, lungi dal dover essere oggetto di un giudizio da parte di chi valuta la domanda di riconoscimento, contribuisce alla valutazione, sulla base di informazioni attendibili, della ragionevolezza delle dichiarazioni del richiedente, da considerarsi non in astratto, ma "nel contesto della retrostante situazione concreta" (del Paese d'origine), così come affermato nel Manuale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati - UNHCR sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato (8).

In ambito europeo, la definizione di rifugiato stabilita dalla Convenzione di Ginevra è stata ripresa dalla Direttiva 2004/83/CE del 29 aprile 2004 (9), che ha avuto il merito di allargare l'ambito di applicazione della protezione dovuta agli stranieri.

Tale direttiva, attuata in Italia con il Decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 (10), oltre ad aver recepito *in toto*, all'art. 2 (c), la definizione di rifugiato stabilita dalla Convenzione di Ginevra del 1951 così come modificata dal Protocollo di New York del 1967, ha definito come "protezione internazionale" non solo lo status di rifugiato, da riconoscersi in presenza delle condizioni indicate dalla suddetta Convenzione, ma anche la protezione cosiddetta sussidiaria, definita alle lettere (e) e (f) del medesimo articolo, con ciò ampliando lo spettro delle protezioni spettanti a chi, a causa del rischio del mancato rispetto nei suoi confronti di uno o più dei diritti fondamentali spettanti a ciascun essere umano, non possa fare ritorno al Paese di origine.

Alle lettere (e) e (f) dell'art. 2, infatti, la suddetta Direttiva ha stabilito che la protezione sussidiaria spetti a qualunque cittadino di un Paese terzo, o a qualunque apolide, privo dei requisiti necessari per il riconoscimento dello status di rifugiato, ma rispetto al quale sussistono fondati motivi di ritenere che, nel caso di un suo ritorno nel Paese di origine o di dimora abituale (se apolide), corra un rischio effettivo di subire un grave danno, inteso come la condanna a morte o l'esecuzione della stessa, la tortura o un'altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, o, ancora, la minaccia grave e individuale alla sua vita o alla sua persona derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

Non più, quindi, soltanto il fondato timore di persecuzione del singolo richiedente lo status di rifugiato, ma anche un rischio effettivo di subire un grave danno e per motivi altri rispetto a quelli richiesti dalla Convenzione di Ginevra del 1951; inoltre figura l'espressa indicazione delle situazioni di conflitto armato interno o internazionale (11).

In altri termini, anche in assenza dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato, chiunque, ritornando nel Paese di origine, o di dimora abituale nel caso dell'apolide, rischi di subire le conseguenze della violazione di uno o più dei diritti e delle libertà fondamentali sanciti, *in primis*, dalla Dichiarazione universale dei diritti umani e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha il diritto a una protezione, definita come sussidiaria (rispetto a quella derivante dal riconoscimento dello stato di rifugiato), che lo ponga al riparo da un siffatto rischio. Lo status in esame ha natura dichiarativa, e non costitutiva (12). Circa i requisiti per il suo riconoscimento, la Direttiva 2004/83/CE ha avuto anche il merito di meglio specificare gli atti di persecuzione e i motivi di persecuzione di cui all'art. 1 (A) della Convenzione di Ginevra del 1951. I primi devono essere sufficientemente gravi da rappresentare una violazione dei diritti per cui è esclusa qualunque deroga ai sensi dell'art. 15 (13), paragrafo 2, della CEDU; inoltre possono assumere la forma di atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale, di provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia e/o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio, nonché di azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie (14).

In ordine ai secondi sono formulate alcune precisazioni. Il termine "razza" si riferisce al colore della pelle, alla discendenza o all'appartenenza a un determinato gruppo etnico; "nazionalità" non riguarda esclusivamente la cittadinanza, o l'assenza della stessa, ma designa, in particolare, l'appartenenza a un gruppo caratterizzato da un'identità culturale, etnica o linguistica, da comuni origini geografiche o politiche, o da affinità con la popolazione di un altro Stato; si è in presenza di un particolare "gruppo sociale" quando i suoi membri condividono una caratteristica innata o una storia comune immutabile, ovvero una fondamentale e irrinunciabile caratteristica o fede, e quando tale gruppo possiede una distinta identità nel Paese ove si trova e dove è percepito come diverso dalla società circostante.

Questa Direttiva è stata poi sostituita dalla 2011/95/UE del 20 dicembre 2011 (15), attuata con il Decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18 (16). Essa, non apportando modifiche particolarmente significative e affermando il carattere complementare e supplementare della protezione sussidiaria rispetto a quella propria dei rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra, ha confermato le definizioni e, più in generale, l'impianto normativo della Direttiva precedente (anche per quanto attiene alla protezione sussidiaria).

Vi è quindi un sistema di protezione, definito come internazionale, che si avvale del riconoscimento dello status di rifugiato e, in subordine, della protezione sussidiaria.

3. Altre forme di protezione.

A tale protezione va poi aggiunta, nel nostro Paese, la cosiddetta protezione umanitaria, disciplinata dal Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (17), recentemente modificato anche dalla Legge n. 238 del 23 dicembre 2021 (18). Esso è stato inoltre inciso dalla sentenza della Corte Costituzionale del 8 febbraio-10 marzo 2022, n. 63 (19), in cui si prevede, in via residuale (laddove non sussistano le condizioni per applicare la protezione internazionale) e in ossequio a quanto stabilito dagli articoli 2, 3 e 10 della nostra Carta costituzionale col supporto dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il rilascio di un permesso di soggiorno di natura umanitaria da parte delle questure. Esso, collocato in un sistema aperto, deve tenere conto della vulnerabilità del richiedente (20). Si richiede inoltre, ai fini della sua emissione, una valutazione comparativa tra la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente stesso con riferimento al paese d'origine (se vi fosse rimpatriato), da un lato, e il livello della sua integrazione in Italia, dall'altro, di tal che alla sua condizione nel Paese di provenienza va attribuito un peso tanto minore quanto maggiore risulti il grado d'integrazione in Italia (21).

Occorre, inoltre, ricordare che, con la Direttiva 2001/55/CE (22), il Consiglio dell'unione europea aveva previsto un'ulteriore forma di protezione, definita come temporanea, in ragione dell'azione per la situazione degli sfollati a causa del conflitto nella ex Jugoslavia e con l'obiettivo di istituire norme minime sulla concessione di un afflusso massiccio di sfollati e di garantire un equilibrio degli sforzi profusi dagli Stati membri coinvolti (23).

Essa consisteva, e ancora consiste, secondo quanto stabilito all'articolo 2 di tale direttiva, nella "*procedura di carattere eccezionale che garantisce, nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate, in particolare qualora vi sia anche il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti pregiudizievole per il suo corretto funzionamento, per gli interessi delle persone di cui trattasi e degli altri richiedenti*".

Si tratta di una protezione della durata di un anno, prorogabile al massimo per un eguale periodo, che si realizza anche attraverso il rilascio di titoli di soggiorno ad hoc (oltre che di un alloggio, di contributi al sostentamento e di cure mediche, ove necessari), non pregiudica l'eventuale riconoscimento dello status di rifugiato ed è finalizzata a far fronte a casi di afflusso massiccio di persone da un paese o da una zona geografica determinati, tale da rendere assai difficoltoso, se non impossibile, l'esame sollecito delle singole posizioni ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, fatti naturalmente salvi i casi di esclusione da detta protezione (24).

Questa direttiva aveva trovato attuazione col Decreto legislativo 7 aprile 2003, n. 85 (25). L'Italia si era attivata anche in occasione dei fatti riconducibili alla cosiddetta "primavera araba" quando, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 5 aprile 2011 (26), aveva previsto specifiche misure di protezione temporanea, da realizzarsi attraverso il rilascio di permessi di soggiorno della durata di sei mesi e l'eventuale accoglienza in strutture di primo soccorso, a favore di cittadini dei Paesi del Nord Africa giunti sul nostro territorio tra il giorno 1 gennaio 2011 e il 5 aprile 2011.

Ancora prima, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 maggio 1999 era stata prevista l'emissione di un permesso di soggiorno per motivi di protezione temporanea a favore delle persone fuggite dalle zone di conflitto dell'area balcanica (27).

Tuttavia, a fronte dell'eccezione rappresentata dal nostro Paese in occasione della guerra nella ex Jugoslavia e delle sollevazioni delle popolazioni nord africane, la Direttiva 2001/55 non aveva avuto un'effettiva applicazione, salvo quanto accaduto assai recentemente, a seguito del conflitto russo-ucraino.

Il 4 marzo 2022 (vale a dire dopo più di vent'anni dalla data di adozione della suddetta direttiva) è infatti entrata in vigore la Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 (28), cui l'Italia ha dato prontamente adesione con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 28 marzo 2022 (29). Essa è finalizzata a garantire condizioni uniformi di esecuzione della Direttiva 2001/55 rispetto ai cittadini ucraini residenti nel loro Paese anteriormente al 24 febbraio 2022, ai cittadini di Paesi terzi e agli apolidi che godevano della protezione internazionale o di una protezione equivalente prima della medesima data, oltre che ai loro familiari, nonché ai cittadini di Paesi terzi e agli apolidi che soggiornavano regolarmente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022 (cui può spettare anche solo una protezione adeguata alla normativa nazionale dei singoli stati membri), con ciò escludendo dall'applicazione della Decisione, tra gli altri, coloro i quali avevano richiesto la protezione internazionale in quel Paese e gli stranieri o apolidi che là erano presenti irregolarmente.

Il Consiglio europeo, dopo avere condannato con la massima fermezza l'aggressione militare della Federazione russa nei confronti dell'Ucraina, e con l'intento di consentire all'Unione di coordinare e monitorare da vicino la capacità di accoglienza negli Stati membri onde intervenire, ove necessario, e fornire un sostegno supplementare, ha stabilito che la protezione temporanea di cui alla Direttiva 2001/55 si applichi, da parte degli Stati membri (fatta salva la Danimarca, non avendo essa partecipato all'adozione della decisione), a tutti i soggetti sopra indicati.

Ciò potrebbe rappresentare un passo importante verso un'effettiva coesione degli Stati dell'Unione con riguardo ai temi strategici che li coinvolgono, e non può non ricevere il plauso di chi a tale coesione effettivamente aspiri. Occorre, tuttavia, tener conto della circostanza che, nel corso del lungo periodo trascorso da quando è stata adottata la Direttiva sulla protezione temporanea, fatta eccezione per questa Decisione di esecuzione, mai i Paesi europei hanno sentito l'esigenza di uniformare la politica della protezione a fronte di afflussi consistenti di persone bisognose della medesima, mentre alcuni di loro (tra cui la Polonia e l'Ungheria, oggi invece particolarmente disponibili ad accogliere i profughi ucraini, ma sempre ferme nel respingere persone provenienti da aree al di fuori dell'Europa) si sono costantemente schierati contro una semplice ipotesi di distribuzione del peso gravante su quei Paesi che, come l'Italia, erano - e ancora sono - esposti a tali flussi e impegnati ad affrontarli.

Ciò significa che solo in occasione della fuga degli sfollati ucraini i Paesi dell'Unione europea hanno ritenuto di dover adottare, per quanto possibile, un atteggiamento comune in termini di accoglienza e protezione; per contro, in concomitanza con altri eventi di non minore gravità ma in aree diverse, gli stessi Paesi non hanno assunto un simile approccio.

Orbene nessuno dubita che ai cittadini ucraini in fuga dagli orrori della guerra debba essere garantita una protezione. È

stato infatti evidenziato come la citata Direttiva 2004/83/CE avesse già previsto, all'articolo 2, che la presenza di una minaccia grave e individuale, derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale, alla vita o alla persona del cittadino straniero, o dell'apolide, rendesse gli stessi meritevoli, quanto meno, dello status di protezione sussidiaria. Addirittura, le Linee guida in materia di protezione internazionale n. 12, emanate dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati - UNHCR il 2 dicembre 2016 (30) (che costituiscono, assieme al Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato, uno strumento di "soft law" ma, ciò non di meno, dotato di grande autorevolezza interpretativa (31)), compiono un passo ulteriore, poiché dichiarano, senza mezzi termini, che coloro i quali fuggono dal loro Paese in guerra devono ricevere il riconoscimento dello status di rifugiato. In particolare, ivi l'UNHCR indica che tanto la Convenzione di Ginevra del 1951, quanto il Protocollo di New York del 1967, sono applicabili ai civili in fuga da situazioni di conflitto armato e di violenza; questo poiché entrambe non fanno alcuna distinzione, per quanto attiene al "well founded fear of persecution", tra tempo di pace e tempo di guerra (32), né prevedono che il richiedente debba essere oggetto di un trattamento peggiore rispetto a quello normalmente previsto in una situazione di conflitto armato e di violenza. Inoltre, se un intero gruppo è a rischio di persecuzione, non può non esserlo anche ciascun membro dello stesso, che non dovrà provare, quando riesca a fuggire da una zona di conflitto, di correre un rischio di persecuzione maggiore rispetto ad altre persone in simili condizioni (33). È infatti a tutti noto come, in caso di guerra, i civili siano spesso vittime di atti di persecuzione e siano oggetto di genocidio, tortura, pulizia etnica, stupro e altri crimini (34), usati come arma per terrorizzare la popolazione e fiaccare la resistenza, e certamente la guerra russo-ucraina non fa eccezione, in considerazione delle notizie riportate da numerosi organi di stampa in merito ai crimini commessi. Nessuna esitazione, quindi, dovrebbe sorgere riguardo all'applicazione della protezione a favore delle vittime civili dei conflitti armati. Tale protezione, però, non può scontare alcun approccio "selettivo", basato su criteri (siano essi geografici, etnici o altro) privi di fondamento giuridico.

Quanto al conflitto russo-ucraino, ci si domanda, in particolare, quanti siano, a oggi, i cittadini ucraini costretti dal conflitto a muoversi all'interno del loro Paese o a lasciarlo per trovare altrove rifugio e protezione. Esaminiamo alcuni dati provenienti da fonti istituzionali.

Alla data del 23 giugno 2022, l'Organizzazione Internazionale per la Migrazione - IOM stimava in circa 6. 275. 000 i civili sfollati all'interno del territorio ucraino, a causa della guerra (35). Gli sfollati in altri Paesi, secondo i dati forniti dall'UNHCR, al 12 luglio 2022 erano 9. 172. 153 gli ucraini che avevano varcato il confine con la Polonia, la Romania, la Moldavia, la Slovacchia, l'Ungheria (oltre che, in una qualche misura, con la Federazione Russa e la Bielorussia), per poi muoversi anche all'interno dell'Unione Europea (36).

Risulta inoltre che, nel mese di marzo, 14. 000 cittadini dell'Ucraina abbiano presentato una richiesta d'asilo nei Paesi dell'Unione, mentre le domande sono poi scese a 1. 900 in aprile e 1. 600 a maggio, con un decremento giustificato dalla rapida attivazione del noto meccanismo europeo di protezione temporanea per gli sfollati ucraini, che rappresentano ormai la stragrande maggioranza dei circa 3. 900. 000 richiedenti protezione in Europa dall'inizio del conflitto (37). Il 15 luglio 2022, infine, il nostro Ministero dell'Interno ha dichiarato che il numero delle persone fuggite dall'Ucraina e

giunte in Italia era pari a 150.791, con 79.945 donne, 24.063 uomini e 46.783 minori (38).

A questo punto occorre chiedersi se i flussi migratori provenienti da aree extra europee e diretti verso l'Italia, nello stesso periodo, abbiano subito una flessione. Al riguardo, lo stesso Ministero dell'Interno ha comunicato che 41.170 migranti risultano sbarcati via mare in Italia tra il 1° gennaio e il 31 luglio di quest'anno (39). Quindi, anche non tenendo in considerazione gli arrivi in Italia di chi ha potuto usufruire di visti per lavoro, di corridoi umanitari, di ricongiungimenti familiari e di altri strumenti sicuri, i dati forniti non rappresentano un incremento significativo.

Quanto alle richieste d'asilo nel nostro Paese, i dati forniti dal Ministero dell'Interno (40) chiariscono che le stesse sono state, nel 2020, pari a 26.963 e, nel 2021, 53.609, riguardando soprattutto cittadini provenienti da Pakistan, Bangladesh, Tunisia, Afghanistan, Nigeria, Egitto, Marocco, Mali, con 4.582 riconoscimenti dello status di rifugiato, 4.968 riconoscimenti della protezione sussidiaria, 758 casi di protezione umanitaria e 32.297 dinieghi.

Numerosi sono i casi anche recenti in cui la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata riformando tali dinieghi e pronunciandosi a favore di una maggiore elasticità nell'applicazione dei criteri per il riconoscimento di una qualche forma di protezione. Con l'ordinanza 29 marzo 2022) n. 10125 la Suprema Corte ha affrontato uno dei temi più delicati con riferimento alla complessiva valutazione delle dichiarazioni del richiedente. Anche a conferma di suoi precedenti provvedimenti (in particolare, Cass. 07546/2020 e Cass. 07599/2020), essa ha stabilito che la valutazione delle dichiarazioni del richiedente asilo non deve essere rivolta a una capillare ricerca di eventuali contraddizioni, atomisticamente esaminate e insite nella narrazione della sua personale situazione, dovendosi piuttosto effettuare una disamina complessiva della vicenda persecutoria narrata (41).

Con ordinanza 18 luglio 2022, n. 22490, la stessa Corte, richiamando propri precedenti (42), ha poi affermato che è dovere del giudice, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione di cui all'art. 3 del D. lgs. 25/verificare se la situazione di esposizione a pericolo per l'incolumità fisica indicata dal ricorrente sia effettivamente sussistente nel Paese in cui, in caso di mancato accoglimento della domanda di protezione, dovrebbe essere disposto il rimpatrio, tramite accertamenti aggiornati al momento della decisione, e non con informazioni risalenti (43).

Infine, la Corte di Cassazione, con ordinanza 9 giugno 2022, n. 18626 (Rv. 665023-01), ha confermato l'orientamento già espresso con ordinanza 18 maggio 2021, n. 13461 (Rv. 661447-01) in tema di protezione agli obiettori di coscienza, ritenendo che debba essere riconosciuto lo status di rifugiato politico al cittadino ucraino che rifiuta di prestare il servizio militare nello Stato di origine, ove l'arruolamento, per il conflitto armato internazionale in atto ormai sull'intero territorio, comporti un elevato rischio di coinvolgimento, anche indiretto, nella commissione di crimini di guerra e contro l'umanità. Ciò, in quanto, in un siffatto contesto, la sanzione penale prevista dall'ordinamento straniero per la renitenza alla leva deve considerarsi un atto di persecuzione, ai sensi dell'art. 7, comma 2, lett. e, del Decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e dell'art. 9, paragrafo 2, lett. e, della Direttiva n. 2004/83/CE.

4. *Climate refugee*: quali prospettive?

Altri gravi problemi sono, però, all'orizzonte.

Come noto, sono numerosi i conflitti, internazionali e interni

(oltre che ad alta e a bassa intensità) che insanguinano quasi tutti i continenti e giustificano l'aspirazione di crescenti moltitudini di persone a lasciare i loro. È, però, altrettanto chiaro che i cambiamenti climatici, in taluni casi devastanti, affliggono zone sempre più vaste del pianeta, ciò che ha spinto l'UNHCR a individuare, seppure nella consapevolezza della mancanza di un supporto giuridico internazionale, la figura del rifugiato cosiddetto climatico (44), e ha indotto il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite a dichiarare il diritto di non respingimento di una persona che aveva chiesto la protezione internazionale a causa degli effetti disastrosi dei cambiamenti climatici nel suo Paese (45). Sempre più numerosi, quindi, sono e saranno gli stranieri in cerca di condizioni di vita che consentano la sopravvivenza loro e delle loro famiglie.

Di tale situazione ha preso atto anche la Cassazione quando, con l'ordinanza n. 2563/2020 (46), ha affermato che, ai fini della valutazione della vulnerabilità di chi domandi il permesso di soggiorno per motivi umanitari, qualora il richiedente dichiari di essere immigrato a causa di eventi calamitosi occorsi nel Paese di origine, si dovrà ritenere rilevante anche l'effettiva sussistenza di una situazione di calamità.

Dell'impatto dell'emergenza climatica sui richiedenti asilo ha tenuto conto anche il nostro legislatore quando, con la Legge 1 dicembre 2018, n. 132 di conversione del Decreto legislativo n. 113/2018 (47), ha previsto un permesso di soggiorno apposito da concedere nel caso in cui nel Paese di origine dello straniero sia accertata una situazione di contingente ed eccezionale calamità.

Inoltre, con Legge 18 dicembre 2020, n. 173 di conversione del Decreto legislativo n. 130/2020 (48), il permesso di soggiorno per motivi di calamità naturale (sino ad allora non convertibile in permesso per motivi di lavoro) è stato incluso tra quelli convertibili per motivi di lavoro, rendendo in questo modo possibile l'integrazione nel nostro Paese dei migranti per ragioni ambientali che siano riusciti a trovare uno stabile lavoro.

5. Conclusioni.

Abbiamo quindi visto come la guerra russo-ucraina abbia messo ancora più in evidenza il diritto di chi è costretto a fuggire da situazioni di conflitto armato a ottenere protezione, sia essa internazionale, umanitaria o temporanea, nei Paesi in cui la richiede.

Il diritto a tale protezione è stato sancito in diversi strumenti di diritto internazionale, anche in ambito europeo, oltre che di diritto nazionale, ed è stato oggetto di numerose pronunce anche da parte della nostra Suprema Corte, che ha mostrato una particolare sensibilità nel valutare le ragioni dei richiedenti. Con la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati, seguita dal Protocollo di New York del 1967, la comunità internazionale, sulla scorta dei tragici accadimenti del secondo conflitto mondiale - cui hanno fatto seguito le non meno tragiche conseguenze della contrapposizione tra il blocco occidentale e quello sovietico - ha preso atto del fenomeno dei rifugiati, dei quali ha disciplinato il riconoscimento e ha sancito i diritti.

In seguito, anche le istituzioni europee hanno dato il loro importante contributo, giungendo ad ampliare la protezione internazionale che, grazie alla Direttiva 2004/83/CE, poi sostituita dalla Direttiva 2011/95/UE, comprende oggi anche la cosiddetta protezione sussidiaria, da riconoscersi allo straniero il quale, in caso di ritorno nel Paese d'origine, corra un effettivo rischio di grave danno ai suoi diritti fondamentali.

A tale protezione internazionale si sono poi aggiunte quella umanitaria e la temporanea (quest'ultima, prevista dalla Di-

rettiva 2011/55/CE, sostanzialmente disapplicata per due decenni).

È, infine, registrabile una nuova sensibilità per i problemi ambientali, che stanno già influenzando in maniera rilevante i movimenti migratori a livello planetario, e renderanno presto essenziale l'adozione di nuovi strumenti normativi in grado, da un lato, di arginare realmente la deriva climatica causata da una perdurante insensibilità per i temi ambientali e, dall'altro, di tutelare le vittime di tale deriva.

È comunque opportuno riaffermare la necessità di un reale cambio di passo, che tenga davvero conto sia dei conflitti in corso (49), siano essi internazionali o nazionali, ad alta o a bassa intensità, sia dei cambiamenti climatici che stanno investendo l'intero pianeta. Dovrà quindi essere l'intera comunità internazionale, con l'auspicabile ruolo di guida dell'Unione Europea, a trovare soluzioni globali.

Tali soluzioni dovranno tendere verso una migliore accoglienza di chi è costretto a lasciare il suo Paese per evidenti ragioni di sopravvivenza, tenendo però conto delle reali capacità d'integrazione dei Paesi d'asilo e ponendosi anche l'ambizioso obiettivo di un reale miglioramento delle condizioni di vita nei Paesi di origine, chiamati anch'essi a dare il loro indispensabile contributo (50).

Note.

(1) https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2016/01/Convenzione_Ginevra_1951.pdf

(2) <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolStatusOfRefugees.aspx>

(3) Si veda, al riguardo, la Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 2011 relativa all'attribuzione della qualifica di beneficiario della protezione internazionale, in GUUE L337 del 20 dicembre 2011, p. 18 ss., ove, al considerando 4, la Convenzione di Ginevra e il relativo Protocollo sono definiti come "la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati".

(4) "well founded fear of persecution", art. 1(A) della Convenzione di Ginevra del 1951.

(5) Il principio di *non refoulement* viene sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951; tale principio è stabilito anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il cui articolo 19, pur non facendo uno specifico riferimento al fondato timore della persecuzione, sancisce che nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

(6) V. CEDU, art. 2 "Diritto alla vita": "1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.

2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza reso assolutamente necessario:

(a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale;

(b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta;

(c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione".

(7) V. CEDU, art. 14 "Divieto di discriminazione": "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

(8) Si rinvia al Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato, Ginevra, 1979, pag. 13, disponibile su <https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/Manuale-procedure-e-criteri-determinazione-status-rifugiato-compresso.pdf>.

(9) Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione della qualifica di rifugiato e di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, in GUUE, L304 del 30 settembre 2004, p. 12 ss.

(10) Decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 attuativo della Direttiva 2004/83/CE, in GURI del 4 gennaio 2008, pag. 5 ss.

(11) In precedenza due convenzioni regionali, quella dell'OUA, adottata il 10 settembre 1969 dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo, entrata in vigore il 20 giugno 1974, e la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati, adottata nel corso del Colloquio sulla protezione internazionale dei rifugiati in America Centrale, Messico e Panama, tenutosi a Cartagena (Colombia) dal 19 al 22 novembre 1984, avevano già ampliato la figura del rifugiato definita dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dal Protocollo di New York del 1967. La prima, disponibile in <https://au.int/en/treaties/oua-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa>, dopo aver fatto propria la definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951 (e senza ritenere necessaria, ai fini della protezione, l'esistenza di una minaccia *ad personam*), all'art. I (2) stabilisce che rientri in tale definizione anche colui il quale, a causa di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero, o gravi turbamenti dell'ordine pubblico in tutto o in una parte del Paese di origine o di cittadinanza, è costretto ad abbandonare la propria residenza abituale per cercare rifugio in un altro luogo fuori dal Paese di origine o di cittadinanza.

La seconda, disponibile in https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/Dichiarazione_di_Cartagena_d_el_1984, raccomanda di includere tra i rifugiati tutte le persone fuggite dal loro Paese quando le loro vite, la loro sicurezza e la loro libertà siano oggetto di minaccia da una violenza generalizzata, un'aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti dell'uomo o altre circostanze che hanno turbato gravemente l'ordine pubblico.

(12) Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato, cit., pag. 9.

(13) V. CEDU, art. 15, "Deroga in caso di stato d'urgenza": "1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione".

(14) V. Direttiva 2004/83/CE cit., art. 9 "Atti di persecuzione": "1. Gli atti di persecuzione ai sensi dell'articolo 1A della convenzione di Ginevra devono: a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; oppure b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a).

2. Gli atti di persecuzione che rientrano nella definizione di cui al paragrafo 1 possono, tra l'altro, assumere la forma di: a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; b) provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia e/o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; c) azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; d) rifiuto di accesso ai mezzi di ricorso giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria; e) azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza al rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo comporterebbe la commissione di crimini, reati o atti che rientrano nelle clausole di esclusione di cui all'articolo 12, paragrafo 2; f) atti specificamente diretti contro un sesso o contro l'infanzia.

3. In conformità dell'articolo 2, lettera c), i motivi di cui all'articolo 10 devono essere collegati agli atti di persecuzione quali definiti al paragrafo 1".

(15) Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione della qualifica di beneficiario della protezione internazionale, in GUUE, L337 del 20 dicembre 2011, pag. 9 ss.

(16) Decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18, in GURI del 7 marzo 2014.

(17) Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulle condizioni dello straniero, in GURI del 18 agosto 1998.

(18) Legge 23 dicembre 2021, n. 238, recante disposizioni per l'adempimento agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, in GURI del 17 gennaio 2022.

(19) Sentenza Corte Costituzionale 8 febbraio - 10 marzo 2022, n. 63, disponibile in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2022&&numero=63>

(20) V. , al riguardo, fra le molte, Cass. SS. UU 25 maggio 2021, n. 24413, disponibile in <https://www.sentenze-cassazione.com/wp-content/uploads/2021/09/sentenza-n.-24413-2021.pdf>.

(21) Orientamento ribadito recentemente da Cass, I Sez. , ord. 21 luglio 2022, n 22844.

(22) Direttiva 2001/55/CE del Consiglio 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea, in GUUE, L212 del 7 agosto 2001, pag. 12 ss.

(23) Sulla protezione temporanea v. B. Nascimbene, *Situazioni di crisi e protezione internazionale. Quale ruolo per il diritto dell'Unione europea*, in Quaderni AISDUE, Sez. "Articoli", n. 9, 29 ottobre 2022.

(24) V. , al riguardo, la Direttiva 2001/55/CE cit. , art. 28: "1. Gli Stati membri possono escludere una persona dal beneficio della protezione temporanea qualora: a) sussistano seri motivi per ritenere che abbia commesso quanto segue: i) un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, quali definiti dagli strumenti internazionali elaborati per stabilire disposizioni riguardo a tali crimini; ii) un reato grave di natura non politica al di fuori dello Stato membro di accoglienza prima della sua ammissione in tale Stato membro in qualità di persona ammessa alla protezione temporanea. La gravità della persecuzione prevista va valutata in funzione della natura del reato di cui la persona in questione è sospettata. Le azioni particolarmente crudeli, anche se commesse per un presunto obiettivo politico, possono essere qualificate come reati gravi di natura non politica. Ciò vale tanto per coloro che partecipano al reato quanto per gli istigatori dello stesso; iii) atti contrari ai principi e alle finalità delle Nazioni Unite; b) sussistano motivi ragionevoli per considerarla un pericolo per la sicurezza dello Stato membro ospitante o, in quanto condannata con sentenza passata in giudicato per un reato particolarmente grave, un pericolo per la comunità dello Stato membro ospitante. 2. I motivi di esclusione di cui al paragrafo 1 devono attenersi esclusivamente al comportamento personale dell'interessato. Le decisioni o i provvedimenti d'esclusione devono fondarsi sul principio della proporzionalità".

(25) Decreto legislativo 7 aprile 2003, n. 85 attuativo della Direttiva 2001/55/CE, in GURI del 22 aprile 2003.

(26) Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 aprile 2011 recante misure di protezione temporanea per i cittadini stranieri affluiti dai Paesi nordafricani, in GURI 8 aprile 2011.

(27) Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 maggio 1999, contenente misure di protezione temporanea a favore dei rifugiati provenienti dalle zone di guerra dei Balcani, in GURI 26 maggio 1999.

(28) Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022 concernente l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina e la conseguente introduzione di una protezione temporanea, in GUUE , L71 del 4 marzo 2022, pag. 1 ss.

(29) Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 marzo 2022 concernente misure di protezione temporanea per le persone provenienti dall'Ucraina in conseguenza degli eventi bellici in corso, in GURI del 15 aprile 2022.

(30) <https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2021/03/-UNHCR-Linee-Guida-N-12-Situazioni-di-conflitto-armato-2016.pdf>.

(31) In tal senso Cass. , III Sez. , ord. 22 settembre 2021 n. 25751, con cui, nel riformare un provvedimento con cui il Tribunale di Milano aveva rigettato il ricorso di un cittadino ivoriano contro il rigetto della sua istanza di protezione internazionale o umanitaria, ha affermato che le Linee guida in questione, pur non costituendo norme cogenti, forniscono indicazioni indispensabili per i magistrati che si occupano di protezione internazionale, massima disponibile in <https://www.foro europeo.it/aree-sezioni/cassazione-massime-materie/1108-costituzione-della-repubblica/50650-fondato-timore-di-persecuzione-nel-paese-d-origine-cass-n-25751-2021>.

(32) V. Holzer *The 1951 Refugee Convention and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence*, Ginevra, 2012, pag. 14.

(33) È interessante, a tale riguardo, il contenuto del paragrafo 33 delle Istruzioni n. 12 dell'UNHCR (traduzione non ufficiale), cit. : "Le situazioni di conflitto armato e violenza possono essere radicate, motivate o guidate e/o condotte per motivi collegati alla razza, all'etnia, alla religione, alla politica, al genere o all'appartenenza a gruppi sociali, o possono produrre effetti sulle persone sulla base di questi fattori. Infatti, ciò che può apparire come un comportamento indiscriminato (i. e. quando un persecutore non ha come obiettivo degli individui in particolare) può in realtà essere rivolto a intere comunità o zone i cui abitanti sono sostenitori reali o percepiti di uno degli schieramenti della situazione di conflitto armato e violenza. Raramente le situazioni di conflitto armato e di violenza sono caratterizzate da una violenza che non è in un modo o nell'altro indirizzata a particolari popolazioni o che non ha un effetto sproporzionato su una particolare popolazione, stabilendo così un nesso causale con uno o più motivi di cui alla Convenzione. L'affiliazione (effettiva o percepita) a un particolare schieramento in una situazione di conflitto armato e violenza può essere interpretata in senso ampio, estendendosi a certi gruppi di persone, tra cui familiari dei combattenti così come a coloro che appartengono allo stesso gruppo religioso o etnico o risiedono in un particolare quartiere, villaggio o città. Un motivo di cui alla Convenzione è regolarmente imputato a gruppi di persone sulla base dei loro legami familiari, comunitari, geografici o altro".

(34) Basta, a tale proposito, esaminare alcune delle sentenze del Tribunale Speciale per il Ruanda, come quella che, seppure nel contesto di un conflitto non internazionale, ha condannato Jean Paul Akayesu, già sindaco della città di Taba, all'ergastolo per crimini contro l'umanità quali il genocidio, la tortura e la violenza sessuale, cfr. <https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/50/Akayesu/>, nonché quella con cui lo stesso Tribunale speciale ha comminato al colonnello Théoneste Bagosora la pena dell'ergastolo, ridotta in seguito a trentacinque anni di carcere, in quanto colpevole, tra l'altro, di genocidio, sterminio e persecuzione, intesi come crimine contro l'umanità, cfr. <https://www.legaltools.org/doc/52d501/pdf>. Anche il Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia, per parte sua, aveva condannato a quaranta anni di reclusione, divenuti poi carcere a vita in sede d'appello, l'ex presidente della Repubblica serba di Bosnia Radovan Karadzic per i reati, fra gli altri, di sterminio, trasferimento forzato e deportazione, quali crimini contro l'umanità, e di attacco illegittimo contro i civili, in violazione delle norme di diritto internazionale umanitario, cfr. https://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf.

(35) https://displacement.iom.int/sites/default/files/public/reports-/IOM_Gen%20Pop%20Report_R6_final%20ENG.pdf.

(36) https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine?utm_source=pocket_mylist.

(37) <https://euaa.europa.eu/latest-asylum-trends-asylum>.

(38) <https://www.interno.gov.it/it/notizie/profughi-dallucraina-150791-quelli-giunti-finora-italia>.

(39) Nello stesso periodo del 2021 e del 2020 gli sbarchi in Italia sono ammontati rispettivamente a 29. 126 e a 14. 012, per poi salire a complessivi 67. 477 per l'intero 2021 e a 34. 154 per l'intero 2020, dati dis-

ponibili su http://www.libertacivilimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/cruscotto_statistico_giornaliero_31-07-2022.pdf; va però ricordato che i dati relativi al 2020 sono condizionati dalla nota pandemia.

Quanto al 2019, gli immigrati sbarcati in Italia sono risultati pari a 11.471, dati disponibili su <https://www.youtrend.it/2021/02/15/sbarchi-e-immigrazione-in-italia-il-punto-della-situazione/>. Inoltre, secondo i dati forniti dall'Istat, disponibili su https://www.istat.it/it/files/2022/02/REPORT_MIGRAZIONI_2020.pdf, il numero complessivo degli immigrati stranieri in Italia è stato pari a 264.571 nel 2019 e a 191.766 nel 2020.

(40) http://www.libertacivilimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/confronto_anni_2020_-_2021_.pdf; nel 2020, in piena pandemia, abbiamo avuto nel nostro Paese 7.383 casi di riconoscimento dello status di rifugiato, 7.348 casi di protezione sussidiaria e 7.092 casi di protezione umanitaria, mentre i dinieghi sono stati 30.108.

(41) La causa riguardava la richiesta di protezione umanitaria per motivi di salute di un cittadino del Mali, Paese afflitto da una situazione di violenza generalizzata.

(42) Quali Cass. 28990/2018 e Cass. 17075/2018.

(43) Anche in questo caso, la Corte di Cassazione si è occupata di un cittadino del Mali, che aveva depositato un ricorso avverso il provvedimento con cui la competente Commissione territoriale aveva respinto la sua domanda di protezione (status di rifugiato o, in subordine, protezione sussidiaria o protezione umanitaria). Il conflitto armato internazionale in atto sull'intero territorio, comporti un elevato rischio di coinvolgimento, anche indiretto, nella commissione di crimini di guerra e contro l'umanità.

(44) <https://www.unhcr.org/it/risorse/carta-di-roma/fact-checking/esistono-i-rifugiati-climatici/>.

(45) Si tratta dell'importante (seppure priva di valore vincolante) decisione del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite del 7 gennaio 2020, relativa al caso di un cittadino di Kiribati, Ioane Teitiota, il quale si era visto respingere in Nuova Zelanda la sua richiesta di asilo fondata sugli effetti disastrosi dei cambiamenti climatici nel suo Paese, cfr. A. Altomare, Il caso Ioane Teitiota: cambiamenti climatici e rifugiati ambientali, pubblicato su Internazionale e disponibile su <http://www.salvisiuribus.it/il-caso-ioane-teitiota-cambiamenti-climatici-e-rifugiati-ambientali/>

(46) Massima disponibile su <https://www.asgi.it/banca-dati/corte-di-cassazione-i-sezione-civile-ordinanza-del-4-febbraio-2020-n-2563/>

(47) Legge 1 dicembre 2018, n. 132 di conversione del Decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante, tra le altre, disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, in GURI del 3 dicembre 2018. (48) Legge 18 dicembre 2020, n. 173 di conversione del Decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130 contenente disposizioni urgenti in materia d'immigrazione, protezione internazionale e complementare, in GURI del 19 dicembre 2020.

(49) Sono stimati in 59 i conflitti (internazionali e non, ad alta e a bassa intensità) che affliggono quasi tutti i continenti, con la conseguente aspirazione di crescenti moltitudini di persone a lasciare i loro Paesi d'origine, come rilevato da G. De Mauro, *Guerra*, disponibile in <https://www.internazionale.it/magazine/giovanni-de-mauro/2022/03/17/guerra>.

(50) Il presente articolo, seppure modificato, trae spunto da un precedente articolo dello stesso autore pubblicato sulla rivista Eurojus.

Quale responsabilità sociale per il magistrato. Umano, troppo umano o dis-umano?

Michele Marchesiello

Magistrato

Sommario: 1. *Finali perché infallibili, o infallibili perché finali.* - 2. *Le molteplici responsabilità del magistrato.* - 3. *Responsibility v. accountability.* - 4. *Il caso dei BRS (Bilanci di Responsabilità Sociale).* - 5. *Per una dimensione simpatetica del rapporto tra il magistrato e la società civile.* - 6. *Quale 'politica' per il magistrato?* - 7. *La questione dell'errore.* - 8. *Come rendere davvero 'giusto' il processo, mantenendo la propria neutralità-imparzialità?* - 9. *'Giusto processo' e 'due process'.* - 10. *Quali gli ostacoli al giusto processo, e quali i rischi di una perdita di umanità e capacità simpatetica da parte del giudice?* - 11. *Umanità simpatetica del giudice: la giustizia digitale può convivere con questo valore?* - 12. *La 'Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari'.* - 13. *Per una nuova responsabilità sociale del magistrato.*

1. Finali perché infallibili, o infallibili perché finali.

Il giudice della *Supreme Court* Andrew Jackson, nell'opinione redatta nella causa *Brown v. Allen*, rimase famoso per aver pronunciato una imbarazzante verità:

"We are not final because we are infallible, but we are infallible because we are final".

Anche i giudici della nostra Corte di Cassazione non possono dirsi infallibili in quanto giudici, ma solo in quanto giudici di ultima istanza.

In realtà, nessun giudice può ritenersi infallibile, al riparo della pretesa infallibilità della legge.

La legge vorrebbe, pretenderebbe di essere razionale, rigorosa, senza lacune. Proprio quello dell'assenza di lacune è uno dei miti più diffusi nell'insegnamento corrente del diritto.

Non sembra ingiustificato tuttavia sostenere un mito completamente opposto, quello che si fonda sull'essenziale fallibilità/lacunosità del diritto e della legge, strana sfinge che dice solo quello che l'interprete umano vuole o riesce a farle dire.

In questo curioso spazio o interstizio tra infallibilità e fallibilità, il giurista pratico si avventura – come Teseo nell'affrontare il Minotauro: tanto per restare tra i miti – munito del solo strumento dell'interpretazione e del suo personale corredo culturale ma soprattutto emotivo: della capacità, cioè, di adottare un atteggiamento simpatetico nei confronti di coloro la cui 'causa' dipende dalla sua decisione.

E, tuttavia, proprio da questo aspetto 'umano', o 'troppo umano' si raccomanda vivamente al magistrato di guardarsi. Rimuovere la componente emotiva è l'imperativo non 'etico' ma 'deontologico' che ne fa un rispettato professionista del diritto.

Non è così in tutti i sistemi giuridici. Basti pensare alla teoria e alla prassi del diritto anglo-americano, nel quale proprio la postura simpatetica (quella che impone la capacità di 'mettersi nei panni' dei soggetti interessati alla decisione) assume un'importanza decisiva.

'La simpatia nella morale e nel diritto: aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali' è il titolo di un vecchio saggio con cui Luigi Bagolini cercava di introdurre i giovani studenti di legge alla pratica della simpatia.

Non si tratta, evidentemente della comune simpatia intesa come inclinazione o moto istintivo di partecipazione verso persone o idee. Intesa in senso filosofico, simpatia è la capacità di percepire emozionalmente i sentimenti altrui (o la soffe-

renza altrui : si parla in quel caso di ‘compassione’), pur mantenendo la giusta distanza e non ‘facendosene carico’, ma desiderando sinceramente di comprenderli e, nel caso della compassione, di alleviarne il peso.

Il tema della simpatia, in questo senso, fa parte del dibattito instauratosi nell’età dell’Illuminismo, soprattutto nel mondo inglese, sulla formazione del giudizio morale e il suo basarsi sulla ragione ovvero sui sentimenti.

David Hume fu il primo a sostenere che la morale si sviluppa a partire dalla simpatia-compassione che ci avvicina ai nostri ‘simili’ facendoceli sentire tali.

La simpatia non opera in contrasto o in opposizione alla razionalità, ma la vivifica e umanizza in senso proprio, sottraendo l’uomo a condizioni di isolamento brutale e ferino.

Adam Smith, su questa linea, descrisse nella *Teoria dei sentimenti morali* un sistema giuridico la cui specifica ‘moralità’ era assicurata precisamente dalla simpatia come strumento di partecipazione e comunicazione tra noi e gli altri. La ragione, l’intelligenza, non possono rinunciare a questa componente apparentemente in contrasto con la loro natura rigidamente ‘razionale’.

La simpatia, l’atteggiamento simpatetico definiscono dunque la natura dell’uomo ‘sociale’. Anche il panettiere, sosterrà Adam Smith nella *Ricchezza delle nazioni*, persegue razionalmente il proprio interesse e il proprio egoismo, ma può farlo proprio perché ha imparato a conoscere, interpretare, partecipare ai desideri dei suoi clienti.

Entrando in una stanza bene ordinata, il bambino mette tutto a soqquadro. Al loro ritorno, i genitori sensibili ricostruiscono un ordine: ma non quello vecchio: un nuovo ordine – un apparente dis-ordine – che risente dell’intervento spontaneo del bambino, ancora tutto emotività e istinto. Quei genitori sono riusciti a ‘mettersi nei panni’ del bambino, provano ‘simpatia’ per lui, senza diventare ‘empatici’, che equivarrebbe all’identificarsi emotivamente con lui e rimbamb(in)irsi.

È questo, dunque, il senso del tema che ci siamo dati, in forma interrogativa: quale responsabilità sociale per il magistrato? Come aiutare la gente a comprendere / provare simpatia per la legge, e la legge, attraverso i suoi agenti, a comprendere e provare simpatia per la gente.

Il rifiuto di, o addirittura l’orrore per, questa emotività scompaginante e verso un atteggiamento simpatetico è il principale ostacolo a una intesa tra legge e opinione pubblica, tra gente comune e magistrato, tra senso comune e senso rigidamente impettito del diritto.

Intesa – o nuova alleanza – oggi più che mai necessaria, per evitare che la giustizia si faccia impersonale strumento tecnico di un potere sempre più ostile alla democrazia. Tutti i totalitarismi, tutte le post-democrazie, hanno, non ‘rimosso’ ma, ampiamente utilizzato questo strumento.

Per garantirsi l’obbedienza o la complicità della magistratura, gli autocrati hanno aumentato il carico di responsabilità gravante sui giudici, spesso col concorso di opportune predicazioni populiste.

2. Le molteplici responsabilità del magistrato.

Cresce da anni a il carico delle responsabilità, di varia natura, che fanno capo alla figura e al ruolo del magistrato. Senza grandi risultati, però, a giudicare dai casi che hanno investito sin quasi a travolgerli quella figura e quel ruolo. Un nome emblematico li riassume tutti: Palamara, sia nella veste dell’accusato che in quella di accusatore. E di seguito – come uno tsunami giudiziario – il ‘caso’ Davigo (anche lui accusatore accusato), il susseguirsi di riforme inattuata e inattuabili,

la perdurante assenza di finanziamenti (quello della giustizia è sempre stato il terreno ideale per le riforme ‘a costo zero’), la degenerazione delle ormai famigerate ‘correnti’ (appropriatesi in funzione corporativa di valori ‘sociali’ quali l’indipendenza e l’autonomia).

Ne è risultato un curioso e paradossale fenomeno, per cui – al moltiplicarsi e farsi più precise delle varie forme di responsabilità – è corrisposta la tendenza della magistratura come ‘potere dello Stato’ a chiudersi in se stessa, raccogliersi intorno ai propri vizi facendosi facile preda delle tentazioni offerte dal Potere ma allontanandosi così dalla società che dovrebbe servire.

C’è una responsabilità civile, cavallo di battaglia dei vari populismi, fortunatamente sottratta dalla Corte Costituzionale all’ondata, anch’essa respinta, dei recenti referendum sulla giustizia.

La responsabilità penale è sempre più caratterizzata e inquinata dal fenomeno di magistrati che indagano su magistrati e da una utilizzazione spesso dissennata dell’obbligatorietà dell’azione penale.

La responsabilità contabile è a sua volta connotata da uno storico difetto: quello della centralizzazione della spesa e del suo dividersi tra diversi ministeri e amministrazioni : Giustizia, Finanze, Tesoro. Nessuno dei guardasigilli succedutisi negli anni ha mai pensato o suggerito di assicurare a ogni Corte di Appello una relativa autonomia finanziaria e contabile.

La responsabilità disciplinare, pur opportunamente riformata dal 2006 nel senso della cosiddetta ‘tipizzazione’ degli illeciti, rimane condizionata dall’essere essenzialmente dei magistrati a giudicare dei propri colleghi, sempre secondo logiche di scambio e di appartenenza all’una o all’altra corrente.

E c’è poi la responsabilità deontologica, o etica, la cui elaborazione è stata affidata al nido di vipere dell’Associazione Nazionale (ANM) . Ma, c’è da chiedersi, esiste davvero un’etica propria, specifica del magistrato, che non sia già compresa nella famosa regola di Ulpiano: *‘Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere’?*

Grande assente dal discorso sulle molteplici responsabilità istituzionali del magistrato è – curiosamente ma non troppo – la responsabilità che ci limitiamo per ora a definire ‘sociale’ ma che meglio si potrebbe denominare ‘responsabilità socio-politica, dove il primo aspetto è destinato a coniugarsi inevitabilmente col secondo.

In realtà, questa forma di responsabilità più che ignorata sembra essere volutamente espunta o lasciata nell’ombra per il fatto di denunciare spietatamente una crisi profonda e un circolo – come si dice – ‘vizioso’ o perverso. Più la magistratura si chiude in sé stessa facendosi autoreferenziale e allontanandosi dal ruolo attribuitole dalla Costituzione, più ne aumentano il discredito o una cattiva reputazione, che a loro volta ne incoraggiano il paradossale atteggiamento di chiusura e ‘difesa’ nei confronti dell’opinione pubblica.

È di tutta evidenza che sia in atto, oggi, una profondissima crisi del rapporto tra giudici e società civile: quel rapporto che ancora dal finire degli anni ‘60 ai primi anno ‘80 si era rivelato un più che virtuoso promotore dei valori costituzionali. Basti riflettere – a questo proposito – sul come la gran parte del lavoro dei giudici costituzionali fosse promossa da eccezioni di incostituzionalità sollevate dai giudici ‘inferiori’, in special modo pretori (la cui figura si è pensato bene di eliminare per ragioni di contenimento della spesa, già esigua, riservata alla giustizia, con danno irrimediabile al principio della prossimità del ‘servizio’ giustizia al più importante dei cosiddetti *stakeholders*: il popolo sovrano).

La crisi della fiducia da parte dei cittadini nei confronti della giustizia si è andata traducendo in una crescita della riprovazione sociale e nella messa a rischio della buona reputazione di cui una istituzione dello Stato non può, evidentemente, non godere. Non più, oggi, affidandosi a un sempre più inafferrabile ‘prestigio’, o in virtù della sostanziale segretezza che doveva avvolgere il rito della giustizia e i suoi sacerdoti.

Al valore assoluto del prestigio, si è sostituito quello democratico della credibilità; alla segretezza la pubblicità e la trasparenza espresse dalla nozione di *accountability*.

Quanto più questi nuovi valori – credibilità e trasparenza – vengono disattesi o traditi (da corruzione, corporativismo, tendenza a fingere di servire il potere servendosene), tanto più la magistratura si trova indebolita nei confronti delle nuove tendenze post- o anti-democratiche che in alcuni paesi europei mostrano di sapersi affermare nel silenzio della pubblica opinione (Polonia, Ungheria, per non parlare della Russia).

Responsabilità sociale, dunque: ma quale?

La lingua inglese – nel solco tracciato dai filosofi di quell’area culturale – distingue a questo proposito tra *responsibility* vera e propria e la per noi in traducibile *accountability*.

3. *Responsibility v. accountability.*

Responsibility v. Accountability : una contrapposizione o una specificazione, all’interno di una nozione unitaria ma non del tutto chiara?

Viene subito in mente la famosa distinzione weberiana tra etica della responsabilità ed etica della convinzione, entrambe facenti parte della ‘vocazione’ sia del politico che dello scienziato sociale.

L’*accountability*, detto sommariamente e con un buon margine di incertezza, sembra potersi attribuire all’etica della responsabilità (verso la società che ci ha investito di una funzione che la riguarda direttamente).

La *responsibility* in senso stretto può investire l’etica della convinzione, dei valori su cui si fonda la nostra ‘vocazione’ (*Beruf*, nel senso di ‘chiamata’ oltre che di ‘professione’), quelli che non possono in alcun caso essere negoziati o traditi senza venir meno alla nostra vocazione e, alla fine, alla nostra identità morale, anche a costo di venir meno ai fini imposti dalla collettività.

La prima, si può anche dire, riguarda i *mezzi* dell’agire sociale, e quindi i principi-strumenti, sempre negoziabili, di cui quell’agire si serve. La seconda – invece – attiene ai *fini*, quindi ai valori, irrinunciabili e non negoziabili: quelli stessi che fanno di ognuno di noi una ‘persona’.

Giustamente Marx – Groucho – disse una volta:

“*Questi sono i miei principi. Se non dovessero piacerti, ne ho sempre degli altri.*”

Frase più vera di quanto Groucho sospettasse, ma non applicabile ai valori, cui l’uomo deve-dovrebbe attenersi ‘costi quel che costi’.

La distinzione *responsibility-accountability* si presta nella nostra bella lingua a un equivoco: quello tra responsabilità morale e rendere conto, che nella più ruvida ma precisa lingua inglese sta a indicare la disponibilità a permettere che le proprie azioni od omissioni vengano giudicate dal pubblico, e ad accettare di risponderne nei modi appropriati in caso di errori, negligenze o altri comportamenti – se non penalmente rilevanti – di speciale gravità.

Quanti di noi – burocrati, politici, cittadini – non esiterebbero e non hanno esitato a trarre piccoli o grandi vantaggi dalla condivisa insensibilità all’*accountability*, quell’astruso termine inglese che non a caso non trova equivalente nella nostra bella lingua di ignari/ignavi?

Tuttavia, le cose stanno in parte cambiando, almeno per quanto riguarda l’*accountability*, almeno a partire dagli anni ’80 del secolo scorso con la dottrina del NPM, *New Public Management*, (1) che aspirava a imporre anche alla gestione della cosa pubblica il modello manageriale privato, condizionato da concorrenza e mercato. Incidentalmente (perché non è questo il tema di cui ci stiamo occupando) è stata proprio questa invasione del settore pubblico da parte del NPM a determinare oggi il nemmeno troppo latente conflitto tra ‘politici’ e ‘tecnici’ nella gestione della cosa pubblica).

Un esempio di questo tipo di intervento all’insegna dell’*accountability* può essere rintracciato, per quello che ci riguarda, nel caso italiano dei BRS, Bilanci di Responsabilità Sociale, che si è cercato di applicare all’attività degli uffici giudiziari.

4. Il caso dei BRS (Bilanci di Responsabilità Sociale).

Il Progetto per la diffusione di buone pratiche negli uffici giudiziari – nell’ambito della programmazione del Fondo Sociale Europeo 2007-2013 – nasce da un accordo tra i ministeri della Giustizia, della Funzione Pubblica, del Lavoro e le Regioni, che hanno sottoscritto un protocollo d’intesa per favorire su tutto il territorio nazionale la diffusione della positiva esperienza di innovazione organizzativa e miglioramento della qualità dei servizi realizzata dalla Procura di Bolzano, per iniziativa dell’allora Procuratore Cuno Tarfusser (2) con la precedente programmazione del Fondo Sociale Europeo 2000-2006. Obiettivi del progetto erano – nientemeno – che aumentare la qualità dei servizi giudiziari, ridurre i costi di funzionamento, aumentarne la capacità di informazione e comunicazione, aumentare la responsabilità sociale degli uffici giudiziari sui risultati e l’uso delle risorse pubbliche.

Per questi scopi erano stati stanziati ben 4,5 milioni di euro: questo, probabilmente, il principale incentivo all’attuazione del programma.

Il risultati dell’iniziativa non sono stati dei più brillanti. A fronte dei ben 154 uffici giudiziari che avevano aderito, solo 76 hanno reso disponibile a suo tempo il proprio BRS, mentre solo il 18% di quei 76 ha effettuato un *upgrading* del primo documento di rendicontazione. Una volta concluso il progetto (e il relativo finanziamento) è emersa la scarsa propensione degli uffici a produrre nuove edizioni dei rispettivi bilanci.

Il fatto è che i BRS si proponevano di risolvere uno solo dei due aspetti in cui si articola la responsabilità sociale della magistratura: quello della trasparenza e dell’*accountability*, senza considerare l’aspetto più rilevante: quello concernente la *responsibility* in senso proprio del magistrato.

I BRS riguardano infatti la ‘resa’ in termini di efficienza e accessibilità del servizio giudiziario, il rapporto costi-benefici, la buona reputazione dell’ufficio, la facilità di accesso, l’assenza di barriere fisiche e burocratiche. Le ‘*best practices*’ ne sono l’obiettivo, e la ‘*customer satisfaction*’ di tutti gli ‘*stakeholders*’.

Si è considerata la funzione giudiziaria al pari di uno dei tanti ‘servizi’ indispensabili alla società: la raccolta dei rifiuti, l’ordine pubblico, la disciplina del traffico, la manutenzione dei parchi. Nel caso della giustizia, in particolare, si è voluto ignorare il fatto che molti clienti o *stakeholder* possono essere interessati al suo non- funzionamento, mentre la maggior parte dei cittadini non si troverà mai a tu per tu col sistema giudiziario. Si è trascurato in sostanza di considerare che la giustizia non è un ‘prodotto’ né un semplice ‘servizio’.

Per un ‘prodotto’ o un ‘servizio’ sociale, è in genere sufficiente che la loro prestazione od offerta avvenga nel rispetto della *accountability*.

Nel caso del magistrato, però (come per il medico, il politico,

lo scienziato e – in genere – per ogni ‘professionista’ nel senso weberiano), non basta l’*accountability*, la trasparenza e leggibilità della propria attività professionale.

Esistono magistrati ineccepibili da questo punto di vista, ma completamente insensibili a quella che chiamiamo ora ‘responsabilità sociale’. Le loro sentenze sono sempre depositate ‘in termini’, argomentate in modo corretto, conformi alla giurisprudenza ‘consolidata’, ma del tutto prive di anima, di simpatia verso i destinatari che le attendevano con comprensibile ansia. Le motivazioni non sono dirette a loro, ma ai giudici ‘superiori’ e agli avvocati. I loro profili biografici non includono procedimenti disciplinari.

È la figura del magistrato-funzionario, talmente preso dalla ‘funzione’ da trascurare la propria vocazione. È preciso, puntuale come un bravo impiegato deve essere, rispettoso col personale e gli avvocati. Esaurite queste esigenze, tornerà alla vita privata, alla famiglia, alle consuete relazioni, senza perplessità, inquietudini, anche tormenti per le lacune umane di una sua decisione.

5. Per una dimensione simpatetica del rapporto tra il magistrato e la società civile.

La dimensione che vorremmo chiamare ‘simpatetica’ costituisce il nocciolo, *core* o nucleo centrale della responsabilità sociale del magistrato. ‘Nocciolo’, perché proprio quella dimensione assicura il collegamento tra i due elementi che abbiamo visto costituire la base della sua vocazione e della ‘verità’ professionale di cui dev’essere, allo stesso tempo, capace e consapevole: trasparenza (*accountability*) e responsabilità sociale vera e propria.

È nella responsabilità del singolo magistrato verso la società la possibilità di mantenere un rapporto tra la propria vocazione e il pubblico (l’opinione pubblica e quella privata) cui la sua azione e il suo potere devono sempre essere diretti. Proprio dalla buona salute di questo rapporto (e non da una delega popolare di natura elettiva) egli deriva la propria legittimazione. I magistrati – nel nostro sistema – ‘non vengono eletti’, come si grida da parte dei populistici: non sono investiti di un potere che deriverebbe da quello che si rivela sempre essere un mito: il mito politico della volontà popolare.

La fonte di questo particolare potere deriva in realtà da un altro mito costituzionale: quello del pubblico concorso, all’origine del loro essere, paradossalmente e contemporaneamente, ‘funzionari’, tecnici del diritto vigente, e ‘pubblici professionisti’ cui dallo Stato è affidato il compito sovrumano di amministrare la giustizia.

Alla fine del giorno, il magistrato è – per eccellenza – colui cui spetta ‘decidere’. Non può tirarsi indietro o, come Ponzio Pilato, ‘lavarsene le mani’. Non può sancire un pareggio. In questo mette sempre in gioco la propria capacità di assumere su di sé una responsabilità davvero ‘sociale’. È un professionista della decisione: molto simile in questo a un politico.

Da responsabile nei confronti propri (la vocazione) ma anche della società in cui opera, deve sempre misurarsi col problema-onere-potere della decisione.

Inevitabilmente, il pensiero corre a Carl Schmitt, che identificava il nocciolo di ogni potere nella facoltà di decidere ‘sull’eccezione’, nello stato di eccezione che consente – a chi detiene un potere – di mettere da parte la regola. La decisione riveste sempre, un questo senso, un carattere di eccezionalità rispetto alla regola, che vorrebbe ridurla a se stessa. Il cosiddetto ‘caso concreto’ non è semplice, automatica applicazione della regola alla fattispecie, della teoria al fatto, ma – quasi sempre – un sovrapporsi dell’eccezione alla regola, un’ope-

razione in qualche modo ibrida, spesso magica, operata dalla decisione e dal suo responsabile.

Sempre Carl Schmitt chiudeva il suo *Dialogo sul potere* con una citazione:

“Nonostante tutto, essere uomo rimane una decisione”.

Frase che ci sentiremmo di chiosare: nel decidere si deve restare – nonostante tutto – un uomo.

6. Quale ‘politica’ per il magistrato?

‘*Homo homini homo*’, dunque, e non *lupus* hobbesiano, anche nel giudicare gli altri uomini: comprese la fallibilità e la soggezione ai propri inevitabili pregiudizi.

Nel che si annida la ragione della scarsa o nulla popolarità del tema della responsabilità *sociale* del magistrato, sempre più identificata e contaminata da un elemento imbarazzante: quello della sua responsabilità *politica*.

La responsabilità sociale – come anticipavamo – si è andata declinando, col tempo e non solo in Italia, secondo i tratti di una peculiare responsabilità politica, di cui si preferisce non parlare, se non in termini negativi e allarmistici.

A dire il vero, non è il ‘tipo’ di decisione ad avere assunto questi tratti, ma il modo comune e sociale di considerarne la natura, la funzione, la ricaduta politica in senso lato (non partitica, confessionale o ideologica) sulla collettività di riferimento. Qualunque decisione, anche quella espressione della cosiddetta ‘giustizia minore’, viene letta ormai nel suo incidere politicamente oltre che giuridicamente su società sempre più ‘liquide’, composite, complesse, in continua trasformazione. Qualcuno direbbe – se non fosse per la impronunciabilità dei termini – ‘iper’ oppure ‘de-giurisdizionalizzazione’: che vorrebbe dire la stessa cosa.

Gli esempi sono intorno a noi, innumerevoli. Dovunque nel mondo il confine tra politica e giurisdizione è sempre più caldo: liquido si direbbe, ma come si usa quell’aggettivo per la lava. Sempre più la politica si rivolge al giudice perché le tolga le castagne da una materia incandescente. Basti pensare alla stagione di ‘mani pulite’, alla loggia di Gelli, alla ‘lotta’ contro la criminalità organizzata, a questioni rivelatesi politicamente irrisolvibili quali il fine vita e l’aborto. Si moltiplicano i diritti ‘umani’ in lotta spesso aspra tra loro. Il moltiplicarsi dei ‘diritti’ – un vero e proprio ‘mercato’ a detta di qualcuno – ha addirittura contribuito a sfaldare ogni forma di solidarietà di classe, politica, ideologica.

La stessa vicenda della Brexit, in Gran Bretagna, è stata condizionata dal caso ‘Miller’ (3) e dalla decisione presa al riguardo dalla Suprema Corte dell’UK. A quei giudici è stato addirittura affidato il compito di difendere le prerogative del Glorioso Parlamento di Westminster dall’aggressività di un Governo che – ubbidiente alla volontà popolare espressa col referendum - voleva procedere direttamente, evitando il pericoloso passaggio parlamentare, allo sganciamento della Gran Bretagna dall’Unione Europea.

Funzioni egualmente ‘politiche’ sono da più di due secoli affidate negli USA alla Corte Suprema e quelle ‘inferiori’ che ne discendono, a partire – poniamo – dalla dottrina ‘*separate but equals*’ (*Plessy v. Ferguson*, 1896), con cui la Corte volle fare salva la segregazione razziale dagli effetti del 14° emendamento alla Costituzione, alla famosa sentenza *Brown v. Board of Education* (1954) che pose la pietra tombale su quella famigerata dottrina. E cosa di più politico della storica sentenza *Marbury v. Madison* (1803) che affermò il principio del controllo di legittimità costituzionale su tutte le leggi emanate da un Parlamento che – ad avviso di un giudice - potessero ritenersi contrarie alla Costituzione?

Proprio l'Età delle Costituzioni si può dire aver consacrato nelle forme ed entro i limiti più diversi - il principio della *judicial review*, chiamato a regolare la mobile frontiera tra il potere giudiziario e gli altri due poteri della sacra tripartizione di Montesquieu.

Quante volte, ormai, la nostra Corte Costituzionale è chiamata - per quanto reticente - a indicare per via giurisprudenziale la via della soluzione a problemi che la politica politicante si riconosce incapace di risolvere: dall'aborto al fine-vita, alla concorrenza, alla legittima difesa?

E, per concludere sull'argomento, non è tutta politica la vicenda del cosiddetto 'diritto all'aborto', che sembrava risolta dalla sentenza *Wade v. Roe* in termini di difesa della privacy, ed è stata di recente clamorosamente smentita dalla sentenza *Dobbs v. Jackson*, in base all'assunto che la Costituzione degli Stati Uniti non menziona quel diritto (come del resto non menziona il potere di *judicial review* in capo ai giudici) ?

Si può provare a mettere un po' d'ordine nello spinoso argomento 'giurisdizione v. politica' chiedendo aiuto ancora una volta alla lingua e alla cultura giuridica anglosassone, che con quel tema, come su quello del rapporto tra diritto e simpatia, hanno mostrato di avere ben altra, pragmatica familiarità.

Da noi si parla di 'politica' con riferimento a profili che non potrebbero essere tra loro più diversi. È un'ambiguità che - seppure non apertamente riconosciuta - fonda i difetti e gli splendori della nostra lingua, della nostra cultura, della nostra società. Chi parla in italiano intende, o vuole fare intendere qualcosa che - già si sa - verrà recepita dal destinatario in un senso leggermente oppure completamente diverso, a volte intenzionalmente, a volte creativamente. Il saper 'parlar d'altro', o 'lateralmente', è parte del fascino del discorso politico italiano.

In inglese, al contrario, la precisione è il sale di ogni discorso. Così, 'politica' può tradursi in almeno quattro termini diversi: *polity*, *politics*, *policies* e *politicizing*.

Si può provare a illustrare le differenze tra questi termini ricorrendo a un esempio a noi familiare: il gioco del calcio.

Polity è il campo da gioco, con le sue norme 'fondanti' e i regolamenti, le procedure, le consuetudini che in concreto ne disciplinano l'esercizio. (4)

Politics, al contrario, è il gioco in atto, con le squadre che lottano per la vittoria, e non per l'affermazione di un credo o di una verità. (5)

Policies sono le strategie, le tattiche e le azioni attraverso cui si svolge il gioco, con l'obiettivo di 'segnare' il goal e di non subirne. (6)

Politicizing è infine l'attività agonistica (e quella politica) nei suoi aspetti meno limpidi e visibili, tuttavia inevitabili, come la serie di falli che si commettono nella speranza che non vengano colti dall'arbitro.

I magistrati non fanno parte di una squadra (*politics*) ma si muovono sul campo da gioco come l'arbitro o il segnalinee, per far rispettare e applicare il più possibile le regole (*polity*), garantendo la regolarità costituzionale del gioco, della contesa politica e dei suoi esiti (*policies*).

Il *politicizing*, infine, è o dovrebbe essere affatto estraneo alla funzione 'politica' della giurisdizione.

7. La questione dell'errore.

'Non è colpa mia.' è la prima risposta di un bambino cui viene contestato un malestro. Ho sempre pensato che proprio il bambino sia il depositario, innocente e primario, della risposta a uno dei più gravi problemi che incombono sulla responsabilità umana: quello del rapporto intercorrente tra colpa, errore e - anche - casualità.

Esclusa la casualità, a proposito della quale è difficile introdurre un discorso razionale, resta il rapporto - tutto umano - tra colpa ed errore. Per sintetizzare al massimo: la prima ha ascendenze etico-religiose-escatologiche, mentre il secondo le oppone una sostanziale 'laicità'. A ben vedere, questa differenza è alla base della distinzione, sempre fluida, tra diritto penale (che sottolinea la colpa) e diritto civile (che sottolinea l'errore), così come tra i due tipi di responsabilità cui danno luogo.

La colpa dev'essere punita, l'errore corretto. In entrambi i casi, il danno prodotto - ecco un'altra declinazione inglese di 'responsabilità': la *liability* - va risarcito adeguatamente.

Quello che più interessa chi voglia approfondire il rapporto tra la decisione di un giudice e la sua responsabilità politico/sociale è - evidentemente - il tema dell'errore. La colpa, e la sua forma estrema: il dolo, rompono senz'altro quel delicato rapporto, tradendo la vocazione del giudice.

Con l'errore le cose vanno diversamente.

Viene utile ancora una volta l'esempio del calcio e il paragone con l'arbitro. Se corrotto o dominato da personale animosità, oppure da quella che si chiama a ragione colpa 'grave e inescusabile', l'arbitro va senz'altro punito o addirittura radiato dalla professione di cui si è rivelato indegno. Ma, se incorre in un errore, sia esso banale o clamoroso, bisogna come si dice 'rifletterci sopra'.

L'errore arbitrale - come quello giudiziario - costituisce nella maggior parte dei casi una variabile del gioco: imprevedibile e in certa misura inevitabile, dovuta spesso a distrazione, superficialità, ignoranza, ma anche a una caratteristica propria dell'interpretazione: il suo essere nonostante tutto un affare 'umano'.

L'errore è sempre iscritto sull'orizzonte della decisione giudiziaria, non di rado fonte più o meno consapevole e volontaria di una nuova, dissonante interpretazione.

È interessante, a questo proposito, un interrogativo.

Nel gioco del calcio è stato introdotto il VAR (*Video Assistant Referee*), una tecnologia utilizzata dai giudici di gara per esaminare una precisa tipologia di situazioni dubbie: assegnazione di un goal, assegnazione di un calcio di rigore, espulsione diretta di un giocatore ed errore di identità su un giocatore da espellere.

Ora, ci si può chiedere, potrebbe applicarsi un sistema analogo alla giustizia? Potrebbe introdursi un VAR giudiziario per aiutare il giudice a non commettere errori gravi, in fatto come in diritto?

In realtà ogni provvedimento giudiziario - anche il più modesto o routinario ha una valenza socio-politica che si manifesta attraverso l'interpretazione (dei fatti come delle norme) e include l'errore, mettendo alla prova la responsabilità del magistrato. Il quale non può ignorare questa eventualità, né scegliere di difendersene facendosi scudo della propria indipendenza. Come si è già detto, egli non può neppure rifiutarsi di decidere e la decisione è sua, proprio come lo è il percorso interpretativo seguito.

È dunque nell'interpretazione (delle norme come dei fatti, anch'essi soggetti ad essere interpretati), nel farne applicazione al caso concreto, che emerge la specifica responsabilità sociale del magistrato: come responsabilità in senso stretto e come *accountability* (rendendo manifeste e accessibili le ragioni della sua decisione).

Come l'arbitro della partita di calcio, il giudice - a differenza della macchina o di un apparato di intelligenza artificiale - 'dice la legge' dal punto di vista della sua specifica vocazione, che include l'eventualità dell'errore. Non è o non dev'essere

un semplice tecnico, impassibile professionista del diritto o, come si diceva una volta, mera *bouche de la loi*.

La necessaria dimensione tecnica (il diritto lo è pur sempre) deve misurarsi consapevolmente con quella emozionale-partecipativa. Solo il ‘giusto’ equilibrio tra le due componenti rende possibile l’inestimabile, ma sempre più rara, virtù dell’umanità del giudice. ‘Umano’ e non ‘troppo umano’ né addirittura ‘dis-umano’.

Solo allora il processo potrà dirsi veramente ‘giusto’, come richiesto dall’articolo 111 della nostra Costituzione.

8. Come rendere davvero ‘giusto’ il processo, mantenendo la propria neutralità-imparzialità?

A proposito di responsabilità politica del giudice, si deve chiarire prima di tutto cosa si intende per ‘neutralità’, ‘imparzialità’ e per la possibilità o meno di conciliarle con la responsabilità sociale, nei termini in cui la si è descritta.

In che senso il giudice dev’essere ‘imparziale’ e in che senso dev’essere ‘neutrale’, posto che ai due termini debba – per logica – attribuirsi un diverso significato?

Per essere davvero imparziale il giudice deve sempre assicurare che le parti (nel giudizio civile come in quello penale) si scontrino sempre, come si dice ‘ad armi pari’, con eguali chances di far vincere o prevalere le proprie tesi e i rispettivi interessi.

E se le ‘armi’ non sono affatto ‘pari’ ma esiste una straripante divergenza tra le forze in campo, se armato di fionda Davide incontra Golia, armato di micidiali droni? Non sempre le cose vanno a finire come nella Bibbia. E non sempre serve invocare – quale rimedio – l’infausta ‘lotta di classe’. Se un modesto cittadino, o un comitato di quartiere raccolto a fatica nello scetticismo generale, decidono di affrontare una multinazionale o comunque un’entità che li supera di cento, mille volte nella potenza di fuoco processuale, che ne è in questo caso della imparzialità del giudice? Non è forse in nome della stessa ‘imparzialità’ che il giudice dovrebbe poter intervenire perché lo scontro processuale avvenga il più possibile ‘ad armi pari’, proprio in nome del giusto processo? È il giudice stesso il difensore di quella parità.

‘*Soyez partiaux...*’, ‘siate parziali...’, è la paradossale, provocatoria esortazione rivolta nel 1974 a un pubblico di giovani magistrati francesi dal giudice ‘di sinistra’ Oswald Baudot in quella che è diventata la famosa ‘*harangue de Baudot*’.

‘*Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le forte et le faible, le riche et le pauvre. Qui ne pèsent pas d’un meme poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d’un coté.*’

‘*Un peu pancher...*’. L’esortazione risentiva dei tempi: il ’68 produceva i suoi effetti anche sulle categorie più restie ad accoglierli. L’ideologia regnava ancora. Oggi le diseguaglianze non ne sono condizionate più di tanto. Si sono moltiplicate, piuttosto, fatte trasversali: i soggetti più deboli e quelli più forti si scambiano spesso le parti. Il compito ‘livellatore’ del giudice si è fatto più complicato. Non basta più ‘essere di sinistra’ o ‘di destra’ se non rispetto al caso concreto, per ‘radirizzare una bilancia pencolante’.

In questo senso, anche se limitatamente al processo penale (ma il primo comma dell’art. 111, relativo al ‘giusto processo’ non fa questa distinzione) s’è prospettato l’impiego del principio della ‘parità delle armi’ destinato a servire da antidoto per eventuali ‘eccessi di potere’ da parte di un avversario dalle forze – economiche prima di tutto, ma non solamente – che si mostrino *prima facie* sovrachianti?

È proprio in nome dell’imparzialità e della propria specifica responsabilità che il giudice dovrebbe prudentemente intervenire

(si parla di una ‘garbata intrusione’) a pareggiare per quanto possibile non le sorti dello scontro ma l’equilibrio tra le forze in campo, sia sul piano probatorio che su quello delle eccezioni procedurali. Non sembra giustificato, in questo caso, distinguere tra processo ‘penale’ e processo ‘civile’, tra principio ‘accusatorio’ e principio ‘dispositivo’.

Il giudice davvero ‘imparziale’ non può accettare che la più completa, clamorosa parzialità si instauri a decidere le sorti della causa. Imparzialità – rispetto al processo e al suo ‘gestore’ – implica che venga sempre rispettato e fatto rispettare il principio dell’eguaglianza. In questo senso l’imparzialità ha un valore essenzialmente ‘procedurale’ e corrisponde al *procedural due process* statunitense, di cui si dirà più avanti: quello che, anche dopo la guerra di Secessione, a schiavitù abolita, non impedì alla Corte Suprema di elaborare e praticare la teoria ‘*separate but equals*’.

E la neutralità, allora, l’essere neutrale? La neutralità esprime una posizione di completa estraneità e indifferenza rispetto agli interessi dei soggetti nei cui confronti si è chiamati a pronunciarsi. Tipicamente, la neutralità indica l’atteggiamento del mediatore, di colui cioè che è chiamato dalle parti, di comune accordo, proprio perché indifferente, a svolgere il ruolo di arbitro o mediatore, al solo fine di eliminare la controversia, e non per quello – affatto diverso – di ‘rendere giustizia’. In che misura, dunque, un giudice può permettersi la neutralità senza con questo sottrarsi alla propria responsabilità e, come dicevamo, alla propria vocazione?

La neutralità del giudice, non può ridursi all’atteggiamento di chi – in ossequio a una completa, legalistica, formalmente ineccepibile indifferenza – sia disposto a sacrificarle le ragioni della giustizia sostanziale: in tutti quei casi, almeno, in cui i piatti della bilancia si trovino – al cospetto della Legge – in clamoroso squilibrio. La Giustizia è rappresentata, oltre che cieca e con la bilancia in una mano, con l’altra mano a brandire la spada. Anche in quello che si può considerare la massima rappresentazione allegorica della filosofia politica medievale, l’affresco del ‘Buon Governo’ di Ambrogio Lorenzetti, la Giustizia, custode della Pace, è munita di spada, a indicare non solo la giusta punizione del colpevole ma anche la necessità di risolvere con un taglio netto e preciso quei conflitti tra legalità e giustizia che rendono la prima sostanzialmente ‘ingiusta’. Proprio quella spada sapientemente affilata è, in molti casi, l’uso responsabile dell’interpretazione della legge.

9. ‘Giusto processo’ e ‘due process’.

L’articolo 111 della Costituzione, nella formulazione introdotta nel 1997, stabilisce al primo comma che *La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*

È nota – e non sopita – la discussione circa l’origine e la necessità di introdurre nella nostra Carta un principio che poteva ritenersi già incluso: sul carattere meramente ‘integrativo’ o ‘innovativo’ della norma. La quale, a ben vedere, oltre all’esigenza di uniformare espressamente il nostro ordinamento ai principi e agli obblighi assunti dal nostro Paese con riferimento alle ‘dichiarazioni’ e convenzioni internazionali in tema processuale, sembrerebbe con questo effetto avere esaurito il proprio compito.

Eppure, se si vuole – come si dovrebbe – andare al di là di questa constatazione, si può vedere in quell’affermazione che collega la giurisdizione al processo ‘giusto’ un significato ulteriore e ben più profondo. Il senso ‘ulteriore’ di quella solenne espressione è che i giudici (la ‘giurisdizione’) sono obbligati, nel processo, non solo ad attuare la legge (‘regolato dalla legge’), ma ad attuarla in modo che sia ‘giusta’: che la volontà della legge venga

sempre fatta coincidere con le esigenze della giustizia. In questo modo assumendo su di sé non solo la responsabilità giuridica della sua decisione, ma anche la responsabilità sociale e politica che essa sempre comporta.

Non può sfuggire, in questa direzione, il nesso tra il nostro ‘giusto processo’ e il *due process of law* del V e del XIV emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, di cui costituisce l’approssimativa traduzione e che vien fatto risalire addirittura alla *Magna Carta* del 1215.

La storia costituzionale di questo principio è davvero istruttiva per il tema che ci occupa. Originariamente il *due process* aveva natura esclusivamente procedurale, mirando ad assicurare all’individuo, cui lo Stato imponeva un obbligo, di farlo seguendo lealmente la procedura prescritta. Così, ancora oggi, il *due process* impone al poliziotto che effettua un arresto, di snocciolare all’arrestato i famosi *Miranda Warning*: il che non impedisce di inferire in ogni modo sul malcapitato, creare prove false od occultarne di favorevoli all’accusato.

Col tempo, tuttavia, dal significato originario se ne andò sviluppando un altro: quello del cosiddetto *substantive due process*, non previsto letteralmente dalla Costituzione.

Si trattò in principio di tutelare la proprietà e l’iniziativa private, la libertà del mercato dalle indebite ingerenze dello Stato. Era l’*economic substantive due process*. In seguito, principalmente sotto l’influsso del *New Deal* rooseveltiano e dei suoi giuristi, alla dimensione economica si andò affiancando quella che mirava a tutelare i diritti civili di gruppi, minoranze discriminate o – in senso lato – la *privacy* di cui ogni cittadino deve poter godere. Su questa linea si collocano sentenze famose, come le già citate *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*.

Per farla breve: il principio ‘sostanziale’ del *due process* ha mostrato una capacità davvero proteica nell’adattare il diritto costituzionale ai cambiamenti politico-sociali: e lo ha fatto unicamente per via giurisprudenziale, dai giudici ‘inferiori’ sino alla *Supreme Court*. Persino nel caso recente della messa in disparte – ad opera di una *Supreme Court* a predominio conservatore (7) – della sentenza *Roe*, che aveva sancito il diritto di ogni donna all’aborto, si deve riconoscere che quell’infelice evento è da attribuire più alla sostanziale inerzia del legislatore federale che al conservatorismo dei giudici di nomina repubblicana.

Allo stesso modo, nell’introdurre nel nostro sistema costituzionale il principio del ‘giusto processo’, il legislatore non si è limitato a recepire principi fondamentali (e si spera ormai elementari) contenuti nelle dichiarazioni e nelle convenzioni internazionali sui diritti umani, ma ha introdotto il principio ulteriore, che potremmo definire, sull’esempio statunitense, del ‘giusto processo sostanziale’.

Il giudice è tenuto non solo ad applicare rigorosamente la legge in senso formale (ad essere in questo senso ‘imparziale’) ma – in base a un a specifica responsabilità sociale e politica – a rendere una giustizia ‘sostanziale’, che significa infine ‘conforme alla Costituzione’: a quella scritta dai Padri Costituenti in una precisa temperie storico-sociale, ma anche a quella ulteriore consistente nel suo ininterrotto farsi, svilupparsi e adeguarsi ai tempi: quello che si definisce a ragione il carattere ‘progressivo’, più che ‘progressista’, della nostra Costituzione. È del resto proprio questa la funzione – diremmo l’aspirazione – di una Carta Costituzionale, quella di sapere ‘scavalcare i tempi’ adeguandosi attraverso una lettura non piattamente ‘originalista’ ma costantemente, seppure prudentemente, ‘evolutiva’ affidata – prima di tutto – a coloro che ne sono i principali custodi, i giudici?

Non è, allora, proprio quello della ‘neutralità’ del giudice un mito politico che meriterebbe di essere esaminato più a fondo?

10. Quali gli ostacoli al giusto processo, e quali i rischi di una perdita di umanità e capacità simpatetica da parte del giudice?

Ancora una volta, se quella di essere uomo ‘rimane pur sempre una decisione’, anche nel decidere si deve restare, nonostante tutto, un uomo: con tutti i rischi che questo comporta: errore, hybris, ambizione, vanità.

Se, da questo punto di vista, si guarda alla situazione attuale, due sembrano i principali pericoli per la vocazione-professione della responsabilità: la burocratizzazione (il giudice funzionario) e la digitalizzazione della funzione giurisdizionale (il giudice-macchina).

A ben vedere, il secondo pericolo (la digitalizzazione) non è che lo sviluppo estremo, in senso tecnologico, del primo (la burocratizzazione). Reso sempre più simile a una macchina, ma una macchina piena di difetti, anche il giudice rischia di venire soppiantato da delle vere macchine ‘intelligenti’.

Max Weber non poteva prevedere questo sviluppo. Tuttavia la sua analisi della burocrazia come ‘struttura di potere’ sempre più potente rimane ancora oggi la più precisa e spietata raffigurazione di un pericolo che incombe non solo sulla funzione del rendere giustizia.

È in ‘*Economia e società*’, infatti, che Weber descrive la burocrazia come una combinazione di documenti scritti (‘files’ nel linguaggio digitale) e dell’operare assiduo da parte di un ‘ufficio’ (*Bureau*) di specialisti che si dedicano esclusivamente (ciecamente?) ai compiti loro affidati all’interno di una organizzazione razionale. La ‘vocazione’ vi è sostituita per intero dal ‘senso del dovere’, dall’essere collocati all’interno di una scala gerarchica da cui dipendono il salario e la stima del pubblico. In questo senso i funzionari si comportano esattamente come una macchina nei confronti dei modi di produzione di un bene o di un servizio.

Anche al magistrato, dunque, si richiede che attenda al proprio compito da attore impassibile (più che imparziale): *sine ira ac studio*.

Quanto al futuro, Weber prevede una inevitabile, universale burocratizzazione, molto simile – se non identica – a quella cui rischiano di avviarsi gli eccessi dell’intelligenza artificiale.

“ Non abbiamo davanti a noi la fioritura dell’estate, bensì per prima cosa una notte polare (polar Nacht) di fredde tenebre e di stenti...” (M. Weber, ‘*La politica come professione*’).

Il secondo aspetto – la digitalizzazione – fonda grandi speranze ma suscita ancor più grandi timori come sviluppo ulteriore e prosecuzione della ‘polar Nacht’ weberiana in termini di estrema razionalizzazione tecnologica della decisione.

Resosi onnipotente e autoreferenziale – anche se incapace di *hybris* – il potere preferisce avere a che fare con macchine obbedienti piuttosto che con esseri umani pieni di difetti e portati alla ribellione.

Il quesito torna allora a essere, per l’uomo prima ancora che per il giudice, essere umano, troppo umano, oppure dis-umano (*unmenschliches*)?

La politica lo spinge a cercare di controllare il potere, impossessandosene prometteicamente, ad essere *allzumenschliches*, ‘troppo’ umano se non addirittura sovrumano. . Compito disperato e alla fine inutile.

La *Hi-tech*, tecnologia avanzata, tende a sua volta a disumanizzarlo: non a renderlo superfluo ma a farne una componente razionale e semi-automatica del processo.

Questo intendeva Guenther Anders (8), nel sostenere che ‘L’uomo è antiquato’ rispetto ai prodotti delle scienze e delle tecnologie razionali. In questo senso sembra improprio parlare di ‘intelligenza’ con riferimento a fenomeni ‘artificiali’ che non hanno più niente a che vedere con i fenomeni ‘naturali’, che

sono poi quelli a cui si dedica, sin dai primordi, l'intelligenza umana.

Come difendere il giudice dal rischio di una irreversibile 'macchinizzazione' della sua funzione e ricondurlo all'originaria umanità simpatetica che la contraddistingueva all'origine?

11. Umanità simpatetica del giudice: la giustizia digitale può convivere con questo valore?

'Nel tempo della rivoluzione digitale, l'idea di affidare agli algoritmi una parte consistente del contenzioso in base alla sua 'limitata' entità, riposa su strategie non sempre trasparenti che eludono la pubblicità e la terzietà connotate alla funzione giurisdizionale e ai suoi soggetti. Oltre a una risposta alle esigenze di ordine giudiziario e di riduzione dei costi (...) cosa presuppone e quali effetti comporta un'automazione, ancorché parziale, della giustizia?'

'Al netto di considerazioni ideologiche, si ripropone oggi, con inedita urgenza e indubbia necessità, la rilevanza dei valori intangibili della giustizia e di una qualità connotata al magistrato: l'umanità, dalla quale non tanto la tecnologia in sé quanto le logiche – tutte umane – ad essa sottesa sembrano, talvolta e in misura crescente, prendere le distanze'. (9)

Può ritenersi con Gaboriau – e a buona ragione – che la tendenza a incoraggiare forme di giustizia digitale non è che l'evoluzione ulteriore ed estrema, in senso tecnologico, del processo di razionalizzazione/burocratizzazione caratteristico – come individuato e preconizzato da Max Weber – della società moderna o post-moderna.

Se questo è vero, diventa fondamentale interrogarsi su ciò che rimane, in questa nuova dimensione digitale della giustizia, dell'oggetto della nostra riflessione: la responsabilità sociale e politica del magistrato, quale si manifesta essenzialmente attraverso lo strumento dell'interpretazione.

Possono le macchine, gli algoritmi, 'interpretare' la legge? Può l'intelligenza artificiale applicata alla funzione del giudicare, essere oggetto di una qualche forma di responsabilità: giuridica, sociale, politica: 'umana', infine? Esiste un declinare di questa responsabilità dall'umano, al troppo umano e – infine – al post-se non dis-umano?

L'interpretare appartiene all'umano, il predire al troppo o addirittura al post-umano. Che relazione esiste tra i due momenti del giudicare? Può esistere una 'giustizia predittiva' che faccia a meno della componente interpretativa, quindi umana, e viceversa? Quale responsabilità ne deriva per il magistrato?

È interessante notare che già sul finire del XIX secolo un grande – forse il maggiore – giudice americano, Oliver Wendell Holmes jr – aveva anticipato questo dilemma, osservando (10):

"When we study law we are not studying a mystery but a well-known profession. (...) The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts".

"Nello studiare il diritto non studiamo un mistero ma una ben nota professione. (...) L'oggetto del nostro studio, pertanto, è la predizione, la predizione dell'incidenza della forza dello Stato attraverso lo strumento delle Corti".

Holmes indirizzava il suo discorso a studenti di legge che si avviavano alla professione legale, cioè – per quel Paese – all'avvocatura. È quella dell'avvocato la 'ben nota professione' che non indaga la legge come un 'mistero', insondabile e irrisolvibile se non attraverso qualche pratica magica. L'oggetto dello studio del diritto – da parte di un futuro avvocato – è piuttosto la 'predizione' o ragionevole previsione di come sarà o sarebbe la decisione del giudice, tenuto conto dei 'precedenti' dei giudici superiori, che in quell'ordinamento si dicono 'vincolanti'. Sotto questo aspetto, la funzione dell'avvocato verso la fine del XIX

secolo non era diversa, anche se in forma artigianale, da quella svolta oggi da un servizio di *Legal Tech*, di ricerca digitale di una quantità inverosimile di precedenti.

Due considerazioni, a questo proposito. Holmes si rivolgeva non a magistrati, ma a futuri avvocati, il cui compito – la cui 'ben nota' professione – non è quella di 'dire' il diritto, ma di difendere gli interessi del cliente e prospettare gli esiti probabili della sua causa.

E, tuttavia, anche con questo limite, esiste per il giudice americano un preciso spazio di responsabilità (che, sia detto a questo punto, coincide con la sua specifica libertà) caratterizzato dall'essere il 'precedente' frutto a sua volta di una interpretazione della legge rispetto a un caso concreto e dall'essere lo stesso 'precedente', pur vincolante, sottoposto all'interpretazione del giudice che si accinge ad applicarlo oppure – motivatamente – a disapplicarlo in quanto estraneo o non significativamente coincidente con il caso affidato al suo giudizio.

La 'predizione' dell'avvocato di Holmes è quindi tutt'altro che l'automatico, impersonale affidamento della decisione all'esito puramente quantitativo del calcolo di un numero inimmaginabile di precedenti estratti secondo la tecnica algoritmica del *data mining*.

Quali dunque, sotto il profilo della libertà interpretativa – e della relativa responsabilità – le conseguenze di una, ancorché parziale, automazione della giustizia? Si è parlato a questo proposito di un post-umanesimo e dell'emergere di una vera e propria 'industria del diritto' che applicherebbe alla giustizia l'intelligenza artificiale per ottimizzarne le modalità operative sino a evitare addirittura la giustizia stessa, aggirandola e 'anticipandone' predittivamente i risultati. Gaboriau, con riferimento alla giustizia francese (11), segnala la tendenza verso una 'governabilità algoritmica' della giustizia, largamente privatizzata a giudicare dal numero (ben 75 in Francia) delle *start-up legaltech*, società private specializzate nell'analisi – e vendita ai professionisti legali – delle decisioni giudiziarie prodotte dai tribunali e dai giudici 'superiori'.

Il che – se praticato su larga scala – comporta alcuni rischi gravi ed evidenti: la sostanziale 'privatizzazione' della funzione predittiva (la creazione di un vero e proprio 'mercato del diritto') (12); l'appropriazione a fini di lucro di dati giudiziari; la circostanza – ampiamente testimoniata – che anche gli algoritmi possono, se non sbagliare, essere affetti dai pregiudizi loro trasmessi da chi li ha elaborati; il fatto che l'algoritmo si sottrae a un controllo pubblico del suo funzionamento: in questo senso è stato definito una 'scatola nera' (13) che contiene valutazioni cui il comune mortale non ha possibilità di accedere. Quale imparzialità, quale uguaglianza tra le parti – osserva ancora Gaboriau – possono darsi ogni volta che il loro rapporto sia segnato da questa specifica asimmetria, nel caso in cui i finanziatori della società di *legal tech* abbiano uno specifico interesse a favorire una particolare giurisprudenza nella selezione delle sentenze di riferimento?

Lo hanno chiarito il magistrato Antoine Garapon e il filosofo Jean Lassègue nel loro *'La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà'*. (14) Gli autori lamentano in particolare l'assenza della dimensione interpretativa del diritto, che costituisce una componente essenziale della giustizia 'umana', inclusi l'errore e la contraddittorietà, che – contro ogni apparenza – fanno parte della sua linfa vitale.

E, tuttavia, proprio alla tecnologia informatica e agli algoritmi gli ordinamenti statali affidano le speranze di una maggiore efficienza e rapidità, oltre che di una minor costosità del servizio giustizia.

12. La 'Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari'.

Il tema dei rischi di deformazione della funzione del giudice derivanti da una applicazione massiccia dell'intelligenza artificiale e dei principi che devono accompagnare questi nuovi strumenti tecnologici è stato posto da tempo all'attenzione dell'UE. A questo scopo il CEPEJ (*European Commission for the Efficiency of Justice*) ha elaborato la 'Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari' (4 dicembre 2018).

La trasformazione digitale investe i sistemi giudiziari di molti paesi europei, quasi sempre sotto la spinta di due precise esigenze: razionalizzare i costi sempre più elevati e rendere più spedite ed efficienti le procedure. Il premere di queste due esigenze spinge spesso a un ricorso alla tecnologia digitale che rischia di incidere sulla funzione stessa del giudice: sulla sua responsabilità, ma anche sulla sua libertà e indipendenza.

Una grande opportunità rischia di comportare un grave depauperamento dei principi e valori che devono caratterizzare la giurisdizione, a presidio dei diritti individuali e della stessa democrazia.

In questa prospettiva la Carta propone agli Stati membri del Consiglio d'Europa un approccio prudente e propositivo. La Cepej non si limita a incoraggiare l'utilizzazione di quei mezzi, al fine di migliorare l'efficienza e la qualità della giustizia, ma cerca inoltre di individuare modalità generali e principi fondamentali perché questo processo innovativo si svolga in modo responsabile, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona. A questo scopo la Carta individua cinque principi che debbono presiedere all'applicazione ai sistemi giudiziari delle nuove tecnologie informatiche:

1. Il principio del rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Convenzione sulla protezione delle persone, rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali, incluse la garanzia di libero accesso al giudice e il diritto a un equo processo (il 'giusto processo' di cui all'art. 111 della nostra Costituzione);
2. il principio di non discriminazione tra persone o gruppi di persone: in particolare nella fase di elaborazione dei dati, che possono riguardare l'origine etnica, l'orientamento sessuale, la fede religiosa o filosofica, le condizioni socio-economiche, l'appartenenza a un sindacato, le opinioni politiche, le condizioni sanitarie. Il rischio è quello - più che astratto - di riprodurre nel sistema digitale tali disuguaglianze o *bias*;
3. il principio di qualità e sicurezza: le fonti devono essere affidabili e certificate, elaborate in un ambiente tecnologicamente protetto. I dati inseriti in un software basato su un sistema di *machine learning* (15) dovrebbero provenire da fonti registrate, restare invariati e non manipolabili sino all'elaborazione da parte del calcolatore. Deve inoltre potersi tracciare tutto il processo di elaborazione, per verificare che i dati e la decisione che ne è derivata non abbiano subito alterazioni improprie.
4. il principio di trasparenza, imparzialità ed equità: le modalità di trattamento dei dati devono essere verificabili sotto il profilo della loro equità, occorre in particolare trovare un equilibrio tra le esigenze della proprietà intellettuale del software (naturalmente indirizzata alla strenua difesa del segreto industriale) e le esigenze di trasparenza, imparzialità e integrità, particolarmente vitali nel campo delle decisioni giudiziarie;
5. il principio della controllabilità da parte dell'utilizzatore. Gli strumenti di IA devono utilizzare un linguaggio chiaro e comprensibile a tutti.

La CEPEJ si è riproposta, con la Carta, di fornire agli *shareholder* di un sistema giudiziario una base per sfruttare al meglio le po-

tenzialità tecnologiche della IA ma, al tempo stesso, di garantire la tutela dei diritti fondamentali e la libertà di scelta dell'utente, nel quadro di un approccio graduale e prudente verso una *cybergiustizia* europea.

Non ci si può nascondere come un'integrale applicazione e rispetto della Carta siano largamente utopistici. Essa offre tuttavia una importante criterio di riferimento per il legislatore, per i professionisti e per i giudici nazionali che si accingono a fare un uso sempre più largo dei sistemi *legaltech*.

13. Per una nuova responsabilità sociale del magistrato.

In conclusione, tra le molteplici responsabilità che fanno capo al magistrato, quella socio-politica (i due termini a questo punto sembrano talmente intricati da giustificare, si pure con reticenza, una loro più stretta unione in una parola '*portman-teau*') è la più importante ma anche la più negletta se non addirittura negata.

Politicamente, le sentenze dei giudici sono divenute sempre più 'decisive', tutte le volte che la politica, rinunciando alla propria funzione, si rivolge a loro per risolvere questioni ritenute 'indecidibili' dai consueti strumenti legislativi.

Ma, anche dal punto di vista sociale le loro sentenze assumono ormai un rilievo che ne aumenta la responsabilità, personale come istituzionale. Particolarmente vistoso nelle questioni più gravi, questo effetto si produce anche in decisioni su casi 'minori', relativi tuttavia a diritti fondamentali: la casa, l'educazione, le relazioni familiari.

Quasi sempre, questa trasformazione si fonda sulle Dichiarazioni dei diritti e le Convenzioni internazionali, nonché sulle Costituzioni che le hanno fatte proprie. Quasi sempre l'intervento del giudice è richiesto per sciogliere grovigli di diritti umani che egualmente si contendono la precedenza su altri.

La nuova responsabilità si deve a questo fenomeno, più che a un deliberato tentativo di prevalere del 'potere' giudiziario sugli altri due famosi poteri, l'esecutivo e il legislativo, attraverso l'instaurazione del temutissimo 'governo dei giudici'. È piuttosto il radicarsi nei cittadini della convinzione di essere 'titolari' di diritti spesso non coincidenti con altri diritti, nutriti nella medesima convinzione. Si può trattare di un consumatore in condizione di inferiorità rispetto al produttore, di un picchetto di operai cui è impedito di scioperare in nome del diritto al lavoro, del diritto di un proprietario rispetto a quello dell'inquilino all'abitazione, o di quello di un musulmano - in nome della libertà di culto - a non vedere il crocifisso appeso in un aula scolastica o giudiziaria.

In questo senso può dirsi - banalmente - che il giudice di oggi dev'essere 'diverso' da quello di ieri. La modernità l'ha elevato, sempre più spesso, al rango di arbitro dei valori sociali, non in generale ma a partire, ed entro i limiti, del caso concreto. Ci si attende che sia il giudice a risolvere il conflitto, non in maniera categorica e perentoria, ma attraverso '*... des ajustements subtils et des conciliations raffinées*' (16).

In questo senso, consapevolmente e responsabilmente, il giudice deve avere un'attitudine quotidiana, quasi una 'postura morale' verso la società civile che lo renda pronto al dialogo con i cittadini e le loro aspettative per una 'buona società'.

In questo senso - infine - il magistrato dovrebbe essere aperto a, e condividere una nuova cultura fatta di apertura e cooperazione, quella che François Ost ha definito '*...la nouvelle déontologie citoyenne de la justice*' (17), la nuova deontologia civica della giustizia.

Ora, la questione è se, e come, i giudici sapranno rispondere a questa vera e propria sfida lanciata loro dalla società civile. Potranno scegliere - i giudici - tra due concezioni: una posi-

tivista, per cui la giurisdizione è solo una *performance* tecnica destinata a compiacere gli altri 'esperti', e una sociale, che intenda 'rendere giusta la giustizia': non atto di pura sapienza tecnico-giuridica, ma autentico 'atto di coscienza', la coscienza del giusto che – e proprio questo collega il giudice alla comunità – alberga nell'animo di tutti noi, giuristi o meno. Sotto il primo profilo il giudice ripeterà sempre 'La legge? Non è che la legge.'

Lo ha detto W. H. Auden, nella poesia 'Law Like Love':
'*Law is but let me explain it once more, - Law is the Law.*'

Sotto il secondo profilo, la scelta del giudice sarà più difficile, piena di dubbi, incertezze, sofferenze, come ogni vero 'atto di coscienza'.

Anche questo ha capito il poeta Auden a proposito della legge: dovremmo infine, al di là di ogni sapiente o ignorante congettura, riconoscere che la legge è come l'amore:

'*Like Love I say - Like love we don't know where or why, - like love we can't compel or fly, - Like love we often weep. - Like love we seldom keep.*'
'Come l'Amore voglio dire. - Come l'amore non sappiamo dove o perché, - Come l'amore non possiamo costringere o passarci sopra, - Come l'amore ci fa spesso piangere, - Come l'amore raramente manteniamo la parola data.'

La parola, La parola del poeta ci fa comprendere quale sia la scelta davvero giusta.

Perché oggi il giudice non è più (o non dovrebbe più sentirsi) stretto entro un ordine rigorosamente gerarchico, piramidale, corporativo, ma - piuttosto - inserito in una rete complessa dalle fonti molteplici e in gran parte autonome, una rete, per di più, in continua trasformazione. Si è passati da una cultura giudiziaria dell'obbedienza a una fondata sull'apertura e la cooperazione, dall'applicazione impersonale della legge al suo comporsi in *aidos* (rispetto, ascolto reciproco) e *dike* (buona proporzione nel giudicare) (18). Detto in breve: il giudice dovrebbe passare dal 'leggere' all' 'ascoltare'. Non dedicarsi esclusivamente alla lettura degli atti, dei documenti, ma imparare ad ascoltare chi si aspetta giustizia dalle sue parole.

La nuova cultura giudiziaria deve fare la sua scelta in questa direzione, che è quella della fiducia, dell'autolimitazione, della leale collaborazione, dell'umanità e della trasparenza: dell'amore infine, come intuito dal poeta.

Certo, si osserva, in questo modo il giudice dovrebbe farsi contemporaneamente sociologo, psicoanalista, antropologo, addirittura filosofo e, ancora peggio, poeta.

Eppure, a ben vedere, non è proprio quello che fa - o dovrebbe fare - il giudice ogni giorno, quando lo si dichiara banalmente 'peritus peritorum'?

Note.

(1) 'New Public Management', 'Nuova amministrazione pubblica', è una filosofia di gestione del settore pubblico, mutuata dal settore privato, con l'obiettivo di un maggior coinvolgimento degli *stakeholders* (portatori di interesse) nella gestione della cosa pubblica. Il NPM è stato tuttavia criticato e contrastato dalla Teoria del Valore Pubblico (Giddens) secondo la quale il valore strettamente economico dell'azione pubblica va affiancato da valori sociali, politici, ambientali.

(2) Su Cuno Tarfusser e la sua s-fortuna all'interno della magistratura, si potrebbe scrivere una storia molto interessante e istruttiva sullo stato dell'ordine giudiziario in Italia. Il titolo potrebbe essere 'La modernità punita'. Basti pensare alle ben nove volte in cui la sua domanda per essere destinato a un ufficio direttivo è stata respinta dal CSM, con nemmeno un voto a favore, oppure alle indagini concluse in nulla aperte dai colleghi nei confronti di Tarfusser, reodi modernità e indipendenza dalle correnti.

(3) *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*. È il caso deciso nel 2017 dalla U. K. Supreme Court, con cui la Corte decise che l'esecutivo britannico non poteva dar luogo alla procedura di uscita dall'UE, senza un previo atto del Parlamento.

(4) *Polity*, fuor di metafora, è il sistema istituzionale, il quadro generale entro cui deve svolgersi l'azione politica. Comprende la cultura politica di una intera comunità.

(5) *Politics* è lo svolgersi del conflitto tra parti che si contendono il potere. Include scontri, momenti di stallo, negoziazioni e compromessi.

(6) *Policies* costituiscono l'agenda dell'azione politica, destinata a tradursi nel conflitto sul campo.

(7) *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization*, U. S. Supreme Court, 2021.

(8) G. Anders, *Luomo è antiquato. 1. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, trad. it., Bollati Boringhieri, 2003.

(9) S. Gaboriau, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?* in 'Questione Giustizia 1918, n. 4. Simone Gaboriau è presidente onoraria della Corte D'Appello di Parigi, co-fondatrice di *Medel*, Magistrati Europei per la Democrazia e la Libertà.

(10) Oliver W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, in 10 Harvard Law Review, 457 (1897).

(11) Gaboriau, op. cit.

(12) Da questo punto di vista, si deve distinguere tra la naturale e doverosa pubblicità/accessibilità del prodotto 'giustizia', con l'appropriazione di quei dati e la loro elaborazione a fini di profitto. Nell'ambito delle procedure esecutive, quasi tutti i tribunali italiani adottano delle convenzioni con cui affidano in esclusiva la pubblicità delle vendite immobiliari a società private che provvedono - a pagamento - a far conoscere tramite siti e giornali l'immobile che sta andando all'asta. La ricchezza insita nelle informazioni sugli immobili in vendita è interamente nelle loro mani.

(13) F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, H. U. Press, 2015

(14) A. Garapon e J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. it., con una presentazione di Maria Rosaria Ferrarese, Il Mulino, 2021.

(15) Per *machine learning (ML)* si intende un sottosistema dell'intelligenza artificiale che si occupa di creare sistemi che apprendono e migliorano la resa in base ai dati che utilizzano. Tutte le volte che forniamo un nostro dato a un sistema, è lo stesso sistema che utilizza gli algoritmi di ML per migliorare la nostra esperienza ma, soprattutto, per incrementare la conoscenza dell'utilizzatore da parte del sistema stesso.

(16) Cfr. di Marc Verdussen, professore di diritto costituzionale all'Università di Lovanio. *'Des juges socialement responsables'*, in <https://www.lalibre.bc/debats/opinions/2007/07/13/des-juges-socialement-responsables>.

(17) F. Ost, *'De l'obéissance à la collaboration: une nouvelle déontologie des juges?'*, in *Ethique publique*, vol. 3 n. 2, 2001.

(18) Su questo, v. di F. Ost, *'De l'obéissance à la collaboration: une nouvelle déontologie des juges?'*, in 'Ethique publique' (in linea) vol. 3, n. 2, 2001.

Sezione di diritto del lavoro

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. lav., 15 settembre 2022, n. 357 - Giudice Barenghi.

LAVORO - opposizione avviso di addebito - collaborazione coordinata e continuativa - rapporto di lavoro subordinato.

(Art. 2094 c.c.; D.lgs n. 81/2015)

La sussistenza dei requisiti della subordinazione deve essere dimostrata in giudizio non essendo sufficienti le risultanze del verbale ispettivo Inps se adeguatamente contestate in giudizio dalla parte opponente l'avviso di addebito per contributi previdenziali e sanzioni civili. (1)

Il richiamo alla normativa propria del rapporto di lavoro subordinato di cui all'art 2 del D.lgs. n. 81/2015 è da intendersi come inclusiva della disciplina assicurativa/contributiva, in ossequio al canone di interpretazione costituzionalmente orientato ed in considerazione del criterio letterale che non prevede clausola di salvezza per il settore previdenziale. (2)

Le somme erogate a titolo di indennità di trasferta Italia e/o Estero non possono essere escluse dall'imponibile contributivo salvo che risulti effettivamente svolta una prestazione di lavoro in un luogo diverso dall'abituale sede di lavoro. (3)

(...Omissis...)

Con ricorso introduttivo depositato in cancelleria Tema Costruzioni ha proposto tempestiva opposizione avverso l'avviso di addebito n. 348, 2017, n.0004677723000, avente ad oggetto contributi previdenziali e sanzioni civili relativi al periodo dal 4/2012 al 1/2017 e fondato sul verbale di accertamento concluso nel maggio 2017.

L'NPS ha sostenuto nell'atto difensivo introduttivo che un fondamentale profilo di irregolarità della condotta tenuta dalla società ricorrente in tema adempimento alla contribuzione di legge è rinvenibile nell'utilizzo illegittimo dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa per i lavoratori (...omissis...), i quali risultano indicati alle pagg. 4, 5, 6 del verbale di accertamento. Nella memoria difensiva si afferma che gli ispettori hanno accertato che i collaboratori rendevano prestazioni eterodirette dall'amministratore unico T., senza che residuasse in capo agli stessi alcun margine effettivo di autonomia, circa i tempi e le modalità di esecuzione.

Viene inoltre allegato che i predetti collaboratori, nei periodi indicati nel verbale ispettivo: seguivano un orario di lavoro predeterminato da T.; ricevevano le direttive di lavoro da T. o da suo delegato; utilizzavano esclusivamente mezzi e attrezzatura della società opponente; - svolgevano mansioni coincidenti con quelle svolte nel periodo in cui erano stati dipendenti della società opponente; - lavoravano insieme ai dipendenti della società opponente; erano tenuti ad avvisare la società opponente in caso di impossibilità di rendere la prestazione e a giustificare eventuali assenze; - ricevevano una retribuzione fissa a cadenza periodica, commisurata alle giornate di lavoro svolte; ricevevano indennità di trasferta e rimborsi spese come i dipendenti della società ricorrente.

Occorre, peraltro, verificare la fondatezza dell'accertamento fattuale e del relativo esito espresso nel verbale dell'organo ispettivo ove si afferma carente l'elemento fondamentale ne-

cessario al fine di poter considerare effettiva la sussistenza del contratto di collaborazione coordinata e continuativa; vale a dire l'autonomia nella scelta delle modalità operative necessarie per il raggiungimento del risultato indicato nel contratto.

Invero, ogniqualvolta il collaboratore operi all'interno di una organizzazione datoriale che imponga l'osservanza di un orario di lavoro, nonché l'obbligo di prestare la propria attività presso luoghi di lavoro individuati dal committente, si considerano integrate le condizioni di legge, sempreché le prestazioni risultino continuative ed esclusivamente personali.

Il verbale ispettivo evidenzia altresì, pag 3, che alla luce del materiale raccolto in sede ispettiva, "nella quasi totalità dei rapporti di lavoro instaurati con contratto di co.co.co, il collaboratore non è mai stato lasciato libero di determinare i tempi e le modalità di esecuzione della commessa. Al contrario è sempre stata la società, per il tramite di T., che ha sempre dettato tempi, modalità e contenuti delle prestazioni (...omissis...)."

Ad avviso del Tribunale la ricostruzione fornita dall'organo ispettivo, così come la tesi difensiva svolta dal procuratore dell'Inps sono infondate.

In primo luogo occorre rilevare che l'amministratore di Tema Costruzioni T. non ha mai esercitato il potere direttivo tipico del contratto di lavoro subordinato nei confronti della totalità dei lavoratori i cui rapporti sono stati qualificati dall'Inps come rapporti con vincolo di subordinazione; tale conclusione si giustifica riguardo a due versanti;

in ordine al primo, riguardante l'attività di accertamento degli ispettori, va rilevato che le stesse dichiarazioni rese dai collaboratori davanti agli ispettori escludono l'esistenza dell'indice primario della subordinazione, cioè dell'osservanza di un orario eterodeterminato dal T. o da un suo delegato; le dichiarazioni rese in via esemplificativa da Nani La Terra e da Sardano sono del tutto inequivoche sul punto in quanto affermano la loro autonomia nella determinazione dei relativi tempi lavorativi.

Analogo esito è indotto dall'istruttoria testimoniale, posto che le deposizioni acquisite in causa hanno radicalmente escluso la sussistenza nelle collaborazioni rese degli indici sintomatici della subordinazione, la cui negazione per le attività svolte all'estero emerge in termini evidenti dalla mancata presenza del T. nel cantiere cui il collaboratore era destinato.

Il rinvio alle deposizioni testimoniali conferma la carenza della subordinazione:

teste Tra.: "operavo come supervisore al montaggio della turbina/alternatore. Percepo dalla Tema € 1.000,00 oltre al rimborso delle spese vive, viaggi da Genova e albergo.

Davo disposizioni all'operaio della Tema P. e controllavo l'esecuzione delle opere edili funzionali al montaggio della turbina, tali opere erano compiute non dalla TEMA ma da una ditta affidataria di questi lavori.

T. è il titolare della Tema Costruzioni; ho firmato il contratto che il Giudice mi esibisce (prod. n. 9) nella sede della TEMA in Genova. T. non ha mai controllato, all'interno dello stabilimento, l'attività di montaggio della turbina né era presente a Marghera nel periodo dal 9/10/14 al 30/11/14."

Si consideri, per quanto riferito dal teste, che riguardo a tale forma collaborativa la Tema non soltanto non svolgeva un

ruolo di direzione e vigilanza nei confronti del Tra., ma neppure svolgeva un'opera di coordinamento nei confronti della supervisione prestata da quest'ultimo, non interferendo in alcun modo con il collaboratore.

Teste R.: "ho lavorato su incarico della Tema sia all'estero che in Italia, ricordo di aver lavorato in Ecuador e a Dubai. Ho effettuato circa 4 o 5 trasferte nel periodo indicato".

Nessun indizio ovvero traccia del vincolo della subordinazione; né è dato comprendere da quali circostanze l'Inps abbia tratto il convincimento circa l'esistenza della subordinazione.

Teste Leveratto: "ADR: negli anni 2015 e 2016 facevo supervisione dei gruppi meccanici (turbine, alternatori) venduti da Fincantieri; ho effettuato la supervisione in Svezia, in Egitto e in Italia in provincia di Brescia.

Riconosco di aver sottoscritto i contratti di collaborazione che l'ufficio mi esibisce e si dà atto che trattasi di documenti prodotti da parte ricorrente.

Io relazionavo direttamente Fincantieri e cioè il capo commessa ovvero l'ufficio tecnico di Fincantieri via mail; di queste mail inviavo copia al signor T..

ADR: in Egitto ho lavorato presso un impianto chimico, produzione di fertilizzanti; in questa situazione il turboalternatore serviva alla fornitura di energia elettrica non avendo tale impianto una rete esterna. Con il T. non avevo alcun rapporto e in questo impianto in Egitto non vi era un responsabile di Fincantieri; anche per gli aspetti di tutela della sicurezza degli addetti non vi erano responsabili di Fincantieri; anche per questo impianto io relazionavo il capo commessa di Fincantieri."

Pertanto anche per tale posizione è del tutto carente la prova del vincolo della subordinazione.

Teste D.: "All'interno di queste collaborazioni lavoravo prevalentemente negli uffici della sede della società Tema Costruzioni, Genova Fiumara. Come già dichiarato non avevo vincoli di orario e preferivo lavorare negli uffici Tema in quanto la mia casa ha dimensioni modeste. ADR: ho percepito l'indennità di trasferta Italia per le mie prestazioni svolte al di fuori degli uffici summenzionati."

Anche per questa posizione è carente la prova del vincolo della subordinazione.

Pertanto può concludersi che l'attività di accertamento ispettivo con riguardo alle dichiarazioni rese dagli informatori e l'istruttoria testimoniale forniscono esiti convergenti circa l'inesistenza di rapporti di lavoro subordinato per i lavoratori oggetto di accertamento, di tal che da un lato gli indizi della subordinazione evidenziati nella memoria difensiva Inps sono rimasti indimostrati ed altresì travolti dalla prova della conformazione autonoma delle attività prestate, ferme le considerazioni che seguono riguardo ai collaboratori (...*omissis*...). D'altro canto la stessa genericità ed il carattere standardizzato dei contratti di collaborazione sottoscritti, esclusi quelli che attengono ai lavoratori appena citati, debbono recedere a fronte dell'accertato svolgimento di rapporti di lavoro di natura autonoma.

Relativamente alle posizioni dei collaboratori (...*omissis*...) il Tribunale ritiene che costoro, come è emerso dall'attività di accertamento ispettivo, fossero maggiormente inseriti nell'organizzazione produttiva della società ricorrente ed hanno prestato la loro attività tecnica in cantieri in cui il committente ha potuto svolgere e di fatto ha svolto un'opera di organizzazione dei tempi e delle modalità di esecuzione dell'attività resa; anche per tali posizioni non è stata raggiunta la prova della subordinazione.

Da tali rilievi consegue l'applicazione, per il periodo successivo al 1/1/2016, dell'art. 2 D.lgs 81/2015 a norma del quale si attua la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Il Tribunale ritiene che il richiamo alla normativa propria del rapporto subordinato debba intendersi come inclusiva della disciplina assicurativa/ contributiva, in ossequio al canone di interpretazione costituzionalmente orientato ed in considerazione del criterio letterale che non prevede clausola di salvezza per il settore previdenziale.

Pertanto per tali 5 lavoratori la società ricorrente è tenuta a versare con decorrenza dal 1/1/2016 la contribuzione dovuta per i rapporti di lavoro subordinato, nella misura determinata nella CTU contabile.

La ricorrente ha contestato l'addebito, contenuto nel verbale di accertamento, riguardante l'omesso versamento dei contributi previdenziali su voci retributive erogate *latu sensu* come trattamento di trasferta, sostenendo che non esistono norme di legge ovvero regolamentari che prevedano l'obbligo di documentare l'effettività e la durata della trasferta.

L'Inps ha opposto nella memoria difensiva l'illegittimità dell'omesso assoggettamento alla contribuzione degli importi erogati dalla società ricorrente a titolo trasferta Italia, trasferta Estero, rimborso spese, "Argent de poche" "Disagio Estero", ai dipendenti ed altresì ai collaboratori; ha poi correttamente evidenziato che gli ispettori hanno ritenuto che le indennità di trasferta non potessero essere escluse dall'imponibile contributivo, in quanto l'istituto della trasferta presuppone la modifica temporanea del luogo abituale ove viene resa la prestazione da parte del lavoratore, laddove nel caso in esame è stato accertato che non si è verificato alcun spostamento temporaneo dei lavoratori dal luogo abituale di lavoro.

A tali puntuali osservazioni la società ricorrente non ha replicato nulla di significativo; del resto il tribunale rileva che dai documenti depositati in causa emerge che i lavoratori che ricevevano l'indennità di trasferta erano sprovvisti di una sede abituale in cui erano obbligati a rendere la prestazione, circostanza di per sé sufficiente ad escludere che gli stessi fossero comandati a lavorare in regime di trasferta.

Non solo; ma i lavoratori indicati nel verbale di accertamento risultano aver svolto le loro prestazioni nei cantieri, in Italia ovvero all'estero, in cui al momento dell'assunzione era previsto che lavorassero.

Va inoltre considerato in ordine alla prova dell'effettività delle spese di viaggio, che Tema Costruzioni non ha depositato documentazione idonea a dimostrare le spese sostenute dai lavoratori inviati nei cantieri.

Per tali considerazioni può concludersi che l'Inps legittimamente ha recuperato la contribuzione non versata dalla società opponente su tali somme che avevano carattere retributivo, in applicazione della normativa di settore.

A supporto si richiama Cass., 10 luglio 2018, n. 18160 che ha affermato /o meglio/ confermato il principio per cui laddove si versi in situazione di eccezione in senso riduttivo dell'obbligo contributivo, grava sul soggetto che intenda beneficiarne l'onere di provare il possesso dei requisiti che per legge danno diritto all'esonero (o alla detrazione) invocata, ricadendo sul datore di lavoro che pretenda di avere accesso ai benefici contributivi previsti in caso di trasferta dei dipendenti o di rimborso per spese di viaggio, l'onere di dimostrare la causa giustificativa dell'esonero dell'assoggettamento a contribuzione.

Inoltre, relativamente agli altri profili di inadempienza addebitati va condivisa la tesi difensiva del procuratore dell'Inps che ha correttamente affermato che l'atto di opposizione contiene contestazione specifica soltanto dei due fatti/inadempimento all'obbligo contributivo oggetto del verbale di accertamento.

Pertanto di tali fatti costituisce prova sufficiente il summenzionato verbale.

In ordine alla quantificazione dei contributi dovuti per i singoli profili, la CTU depositata dal Dr. Barba, come integrata dal supplemento di indagine, ha concluso nei seguenti termini:

La società ricorrente risulta debitrice delle somme che seguono: per contribuzione dovuta all'Inps € 69.850,23; per somme aggiuntive € 41.910,14; per interessi di mora € 10.654,80. L'importo di € 69.850,23 è riconducibile alle diverse causali identificate nel quesito definito all'udienza di conferimento dell'incarico.

L'importo finale dovuto all'Inps ammonta ad € 122.415,17. Si tratta di un accertamento peritale frutto di una metodologia corretta, conforme alla normativa legale e le conclusioni rassegnate trovano totale riscontro nei singoli allegati contabili. Pertanto l'avviso di addebito notificato alla società ricorrente deve annullarsi, con l'obbligo di quest'ultima di corrispondere l'importo menzionato.

La soccombenza reciproca delle parti riguardo alle diverse questioni controverse giustifica la compensazione delle spese di lite nei limiti della frazione di tre quarti; per la residua frazione, liquidata in € 2000,00, la società inadempiente in ordine a diverse questioni è dichiarata obbligata a rifondere l'istituto.

P.Q.M.

Definendo il giudizio

Revoca l'avviso di addebito opposto n. 348 2017 0004677723; dichiara la società Tema Costruzioni srl, in persona del legale rappresentante, obbligata a corrispondere all'Inps la somma di € 122.415,17 a titolo di contributi Inps e sanzioni civili; oltre agli interessi nella misura di legge decorrenti dal 01/05/2022 al saldo. Condanna la società ricorrente a rifondere all'Inps la frazione di un quarto delle spese di lite, frazione che si liquida in € 2000,00 oltre al rimborso forfettario ed oltre accessori di legge; compensa tra le parti la residua frazione. Riserva il termine di giorni sessanta per il deposito della sentenza; (...*Omissis*...)

(1-3) Il regime normativo delle collaborazioni coordinate e continuative etero-organizzate: l'estensione delle norme che regolano il rapporto di lavoro subordinato ai co.co.co.

La sentenza del Tribunale di Genova ci consente di meglio approfondire ed analizzare un argomento di rilevante interesse ed attualità ossia il regime normativo applicabile ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa.

Si pensi ad esempio all'ampio e recente contenzioso ed alle altrettanto recenti modifiche normative assunte in tema per regolamentare la prestazione lavorativa dei cd ciclofattorini, meglio conosciuti come riders, che operano con modalità del tutto "nuove" nel panorama lavoristico e alle dipendenze di multinazionali del settore quali Foodora, Glovo, Just Eat ecc., soggetti il cui rapporto di lavoro è oggi disciplinato da un corpo di norme a se stante (si vedano art. 47 bis e seguenti del D.lgs. n. 81 del 2015 introdotti dalla L. n. 128 del 2019). In stretta continuità, quindi, con il precedente intervento su

questa rivista (numero 2 anno 2022 pagina 36 -41) ritorniamo in argomento per evidenziare, ante omnia, che la massima sub 2, ossia l'adagio maggiormente qualificante e importante della sentenza oggetto di commento, è a mio avviso condivisibile pur non essendo così scontato.

Andando con ordine, e precisato che è sempre assai arduo condividere nel merito una pronuncia in assenza di una compiuta conoscenza degli atti e documenti di causa, si evidenzia che i fatti sottoposti al vaglio del Tribunale di Genova riguardano un ricorso alla sezione lavoro avverso un avviso di addebito notificato ad una società per il recupero coattivo di un credito asseritamente maturato nel periodo 2012 - 2017 (e quindi a cavallo dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 che ha sensibilmente modificato il sistema normativo di riferimento) per contributi previdenziali omessi e accessori relativamente ad una pluralità di rapporti di lavoro qualificati dall'Inps come subordinati.

Detti rapporti di lavoro (formalizzati invece dalle parti quali co.co.co) ed inerenti prestazioni svolte in Italia e all'estero presso cantieri edili in senso lato, erano stati invece regolamentati come pienamente autonomi dalla società ricorrente (altro invero non è dato sapere circa il trattamento fiscale e contributivo operato e - lo si presume - omesso).

In sede ispettiva i verbalizzanti, sentite e raccolte le dichiarazioni di tutti o di alcuni dei (terzi) collaboratori e all'esito di non conosciute attività di indagine, conclusero per la natura subordinata di tutti i rapporti oggetto di indagine con le prevedibili conseguenze per capitale e sanzioni a carico del committente.

Il Tribunale di Genova, all'esito dell'istruttoria testimoniale, ha revocato l'avviso di addebito disattendendo quindi gli accertamenti e le tesi dell'ente ispettivo in ordine alla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato per ciascuno dei collaboratori coinvolti.

Nel contempo ha però condannato la società ricorrente a pagare all'Inps, oltre ad una frazione delle spese legali di causa stabilendone quindi la parziale soccombenza, una somma di oltre 120.000,00 a titolo di contributi omessi per sole 5 posizioni sulle 20 oggetto di contestazione, applicando il regime normativo e contributivo del lavoro subordinato ai co.co.co e questo a far data dal 1 gennaio 2016 ed in forza del decreto legislativo sopra richiamato.

L'accertamento circa la natura subordinata o meno di un rapporto di lavoro è sempre fortemente valutativo non esistendo una definizione legale di subordinazione né essendovi una definizione ricavabile aliunde (in dottrina e giurisprudenza): poiché una stessa attività lavorativa può svolgersi sia con le modalità del rapporto di lavoro subordinato che di quello autonomo, la sussunzione di un rapporto di lavoro all'interno del tipo contrattuale "subordinato" dipende solo ed esclusivamente dall'esistenza o meno di alcuni indici elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza e solo indirettamente ricavabili dalla legge.

Detti indici, nella realtà di tutti i giorni, non sempre sono tutti presenti e, quando vi sono, presentano diverse gradazioni di intensità che determinano oggettive difficoltà nell'accertamento circa la natura subordinata o meno del rapporto in esame (si pensi al rispetto o meno di un orario di lavoro, all'obbligo di giustificazione delle assenze, alle modalità di pagamento del compenso ed alla composizione dello stesso, alla soggezione o meno al potere disciplinare del datore di lavoro, alla proprietà dei beni funzionali a rendere la prestazione e così via).

Un criterio distintivo semplice ed elementare può ad esempio essere che più la prestazione dedotta in contratto è manuale e ri-

petitiva più difficilmente sarà configurabile un rapporto di lavoro autonomo; al contrario quanto più questa è qualificata ed intellettuale ben potremo essere in presenza di un rapporto di autonomo anche se vi è un coordinamento rilevante con il datore/committente.

Ciascuno poi ha una propria percezione delle modalità con cui rende la prestazione lavorativa e quindi ciascuno ben può incasellarla nell'uno o nell'altro tipo e nel contempo anche il terzo ispettore verbalizzante valuta la prestazione lavorativa sottoposta al suo esame e trae conclusioni, opinabili in quanto umane.

Il primo problema che il Tribunale di Genova ha dovuto affrontare è stato quindi quello di stabilire se e quale valore giuridico attribuire ad un verbale ispettivo ove sono contenute le dichiarazioni del soggetto indirettamente "ispezionato" (che in qualche modo come detto si autovaluta) e le conclusioni del verbalizzante (per definizione valutative).

Appare evidente che l'attendibilità non può che essere relativa se non altro perché il primo può essere animato dal volersi preconstituire qualche elemento in suo favore ai danni del suo committente (oppure voler celare la realtà per rispettare l'accordo con il datore/committente in quanto conveniente ad entrambi) ed il secondo è sempre ansioso di concludere per l'accertamento positivo della natura subordinata del rapporto.

Di fronte a questi problemi, l'iter argomentativo del Tribunale conferma in primis quello che è l'orientamento ormai risalente in ordine alla valenza probatoria degli atti di accertamento dell'ente ispettivo.

Il tema di indagine, invero, non è neppure accennato in sentenza ma dato per scontato posto che il Giudicante parte dall'esame delle risultanze dell'accertamento per verificarne la fondatezza alla luce dell'istruttoria testimoniale disposta, non attribuendo alcun particolare valore probatorio al verbale in se e per sé sottostante all'avviso di addebito.

Ed infatti nel giudizio promosso dal contribuente per l'accertamento negativo del credito previdenziale, incombe all'ente l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa contributiva ed il rapporto ispettivo dei funzionari dell'ente previdenziale ha la valenza probatoria solo ed esclusivamente nei limiti previsti dall'art. 2700 c.c., norma che richiama "le dichiarazioni delle parti" e non dei terzi (ossia dei collaboratori).

Il soggetto sanzionato, quindi, ben può limitarsi a contestare gli esiti e le valutazioni del verbale ispettivo senza essere tenuto a fornire (in ossequio ai principi generali) la prova negativa dell'esistenza di un fatto (ossia l'assenza di subordinazione), essendo invece gravato l'ente convenuto di fornire una prova positiva dell'esistenza della subordinazione e questa prova non può consistere nella mera allegazione delle dichiarazioni dei terzi raccolte in sede ispettiva.

Il punto più importante in argomento è quindi quale valore attribuire alle dichiarazioni raccolte dagli ispettori e provenienti, nel caso che ci interessa, dai presunti lavoratori subordinati: anch'esse fanno prova fino a querela di falso o sono liberamente valutabili dal Giudice in concorso con gli altri elementi probatori?

Premesso che nel caso in esame il Giudicante ha ritenuto che nessuna delle dichiarazioni dei collaboratori in allora rese confermasse la natura subordinata del rapporto (sconfessando quindi in pieno le tesi dell'Inps che su queste dichiarazioni fondò il verbale), ciò che però ha rilievo è rimarcare che, se anche così non fosse, i verbali delle dichiarazioni rese in sede di accertamento ispettivo dai soggetti sentiti dai funzionari dell'ente previdenziale non sono assistiti da alcuna fede privilegiata se non quella della provenienza del soggetto dichiarante.

In ordine al contenuto la valutazione è del tutto libera, in special modo allorché queste vengano contestate dalle controparti.

Deve infatti ricordarsi che nel nostro sistema processuale le dichiarazioni dei terzi assumono valore probatorio solo allorché siano acquisite mediante prova testimoniale.

Il Tribunale ha quindi provveduto a licenziare l'istruttoria testimoniale e le dichiarazioni rese in tale sede (che si presumono coincidenti con quelle rese in sede ispettiva) hanno confermato l'assenza di quegli indici ritenuti dal Tribunale decisivi per l'accertamento positivo della subordinazione.

Venendo quindi alla massima sub. 2, in questa sede ci limitiamo a ricordare che il decreto legislativo citato ha stabilito che il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro (si veda art. 1).

Nel contempo l'art. 409 c.p.c. (norma che stabilisce a quali controversie si applicano le norme del titolo IV del codice di rito) include, in forza della modifica di cui alla L. n. 81 del 2017, "gli altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato. La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa".

La norma applicata dal Tribunale di Genova nella sentenza in commento ossia il comma 1° dell'art. 2 del D.lgs. n. 81 del 2015, così come modificato dalla L. n. 128 del 2019, prevede che:

A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali.

Ergo, dal 1° gennaio 2016 per l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato ad una generica collaborazione è sufficiente (ma i requisiti devono tutti sussistere) che questa sia prevalentemente personale, continuativa (ossia non occasionale) e che le relative modalità di esecuzione siano organizzate dal committente (requisito della etero-organizzazione).

Il mero coordinamento quindi non è sufficiente, dovendo invece ravvisarsi una ingerenza del committente nell'individuare le modalità esecutive della prestazione.

Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio i requisiti previsti dalla norma richiamata né entrare nel merito di quanto prevede il secondo comma dell'art. 2, comma che prevede (tra l'altro) che è esclusa l'estensione delle norme del rapporto di lavoro subordinato alle collaborazioni etero organizzate che siano state disciplinate dalla contrattazione collettiva.

Ciò comporta, detto per inciso, la non secondaria conseguenza che le norme del rapporto di lavoro subordinato sono, in questo ambito, derogabili a differenza che per il rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. dove l'inderogabilità la fa da padrona.

È importante invece evidenziare che, nonostante le norme richiamate, non può ritenersi esistere un terzo "tipo" "di rapporto di lavoro accanto al "lavoro subordinato" e al "lavoro autonomo": invero i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, a seconda dell'esistenza o meno del requisito della etero-organizzazione, possono essere disciplinati dalle norme del lavoro autonomo (categoria/tipo che richiama a sua volta diversi regimi fiscali e contributivi) o dalle norme del lavoro subordinato.

Ma quali norme del rapporto di lavoro subordinato sono applicabili ad un rapporto diverso e pur sempre autonomo quale quello di co.co.co?

La legge non lo chiarisce e questo è l'aspetto concettualmente e normativamente più interessante in quanto più l'estensione sarà rilevante maggiori tutele spetteranno a migliaia/milioni di lavoratori.

Il Tribunale di Genova ha stabilito che al co.co.co etero-organizzato debbano essere applicate le norme previdenziali e assicurative proprie del lavoro subordinato e detta conclusione risulta a mio avviso corretta se pur sorretta da una motivazione sintetica (si richiama il canone di interpretazione costituzionalmente orientato e la lettera della legge).

In ogni caso questa conclusione è conforme all'autorevole precedente di cui alla sentenza (nota anche al grande pubblico) della Corte di Cassazione (Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663) che, nel confermare la sentenza di secondo grado, ha esteso ai riders la disciplina della subordinazione intesa nel suo più ampio perimetro (se pur nei limiti del giudizio alla stessa devoluto, giudizio antecedente alla modifica normativa di cui all'art. 47 bis citato).

In primis secondo la Suprema Corte, l'art. 2 comma 1° D. lgs n. 81 del 2015 è una norma di disciplina e non crea una nuova fattispecie tra il lavoro subordinato ed il lavoro autonomo.

Inoltre:

La norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata ex post alla variabile interpretazione dei singoli giudici. Non possono tuttavia escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c.

Da questo obiter dictum può quindi ricavarsi la conclusione che la normativa previdenziale può ritenersi inclusa a meno di non ritenerla incompatibile il che francamente appare quantomeno improbabile.

È importante però notare che la sentenza della Corte non si è pronunciata specificamente sul tema di se e quali tutele vadano estese e questo in quanto il giudizio alla stessa sottoposto non verteva su questo.

Dall'obiter dictum sopra evidenziato può trarsi quindi una importante conclusione ossia che l'applicazione generalizzata delle norme del lavoro subordinato ad un rapporto pur sempre autonomo se pur etero-organizzato (e quindi non etero diretto perché in questo caso si rientrerebbe nell'alveo dell'art 2094 c.c.) necessita di un filtro di compatibilità, filtro concettuale prima che normativo in modo da graduare le tutele in relazione all'intensità del vincolo e questo in armonia con l'art. 35 comma 1° della Costituzione che tutela il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni".

Occorre quindi, partendo dall'applicazione generalizzata delle norme del lavoro subordinato alle collaborazioni etero organizzate (quali le cinque individuate dal Tribunale di Genova all'esito dell'istruttoria svolta), procedere per sottrazione escludendo le tutele incompatibili ontologicamente.

Questa incompatibilità è evidente, ad esempio, per tutte le norme in tema ad es. di mutamento di mansioni e di esercizio del potere direttivo e disciplinare posto che queste sono totalmente estranee al mondo della collaborazione coordinata e continuativa essendo proprie ed esclusive del solo lavoro subordinato.

In questa sede non si possono esaminare quali istituti e quali norme possano essere estese ai co.co.co: si pensi ad esempio alle normative sulla sicurezza (sicuramente estensibili), alle norme limitative della facoltà di recesso e di licenziamento, alle conseguenze in caso di recesso ritenuto illegittimo e così via.

Però vi è chi sostiene che l'incompatibilità non sia solo quella as-

soluta ed ontologica ma che si possa andare oltre.

Questa dottrina parte dal dato ex lege (Art. 2 comma 2°) secondo cui la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento "alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore";

Secondo la legge occorre quindi, per non estendere le norme del lavoro subordinato ad un rapporto di co.co.co etero-organizzato, che quel rapporto sia disciplinato non da un qualsiasi accordo anche collettivo ma da un vero e proprio complesso di norme quale tipicamente è il CCNL nella veste nota a tutti e in uso per disciplinare il rapporto di lavoro subordinato.

Condizione indispensabile perché NON si verifichi l'effetto sostitutivo della disciplina legale con quella collettiva è quella, quindi, che l'accordo collettivo non si limiti a prevedere un trattamento economico qualsiasi ma disciplini anche il trattamento normativo nella sua completezza.

Se così non è vi sarà l'effetto sostitutivo ossia la legge andrà a riempire il vuoto normativo.

Per una sostanziale uniformità e per garantire lo stesso effetto sostitutivo ai collaboratori etero organizzati privi di un CCNL (quali ad es. i cinque nel caso deciso dal Tribunale di Genova) dovrebbero quindi applicarsi solo le norme proprie del rapporto di lavoro subordinato sia in punto trattamento economico che normativo con esclusione degli ambiti ulteriori e diversi quali ad esempio tutte le normative previdenziali, non certo oggetto di un CCNL.

La tesi, se pur autorevolmente espressa (Arturo Maresca, Diritto delle Relazioni Industriali, Osservatorio Giurisprudenza Italiana pag. 146 e ss Giuffrè Editore) non appare a mio avviso convincente sia perché prova troppo sia perché il dato letterale della legge pare inequivoco sia perché è pacifico che al collaboratore etero - organizzato cui non è applicabile un CCNL di categoria si applicano i minimi contrattuali previsti dal maggioritario CCNL di settore per i lavoratori subordinati e da ciò solo consegue ex lege l'obbligo contributivo conseguente (così Circolare INL, 30 ottobre 2020, numero 7).

In ordine alla terza ed ultima massima, questa è conforme all'orientamento unanime delle corti di merito e legittimità

L'indennità di trasferta è infatti un emolumento corrisposto al lavoratore in relazione ad una prestazione effettuata, per un limitato periodo di tempo, al di fuori della ordinaria sede lavorativa, senza che abbia alcuna rilevanza, ai fini dell'insorgenza del diritto, che la sede legale dell'impresa datoriale e la residenza del lavoratore medesimo siano diverse da quelle in cui si svolge l'attività lavorativa, non essendo tali luoghi rilevanti per la identificazione di una trasferta in senso tecnico. In altri termini occorre una scissione tra normale sede lavorativa e luogo, temporaneo, di prestazione della stessa.

Detta indennità è imponibile fiscalmente (Art. 51 TUIR) e deve scontare i contributi previdenziali in forza del D.lgs. n. 314 del 1997 (cd di armonizzazione dei trattamenti) in misura diversa a seconda che la trasferta sia prestata in ambito comunale o fuori dal Comune escluse le spese vive sostenute.

L'evidente inosservanza delle norme indicate ha quindi determinato l'accertamento della piena imponibilità contributiva delle somme erogate a detto titolo.

Avv. Stefano Torchio

Massimario

Tribunale di Genova, sez. lav., 13 aprile 2022, n. 249 - Giudice Parodi.

LAVORO - opposizione avviso di addebito - Gestione Commercianti - iscrizione d'ufficio.

(L. n. 662/1996)

Il socio amministratore di una società che presti anche attività lavorativa in favore della società medesima, ha l'obbligo di essere iscritto oltre che alla gestione separata (per quanto riguarda i compensi percepiti quale amministratore) anche alla gestione commercianti (per quanto riguarda i compensi da lavoro subordinato), solo qualora l'attività subordinata sia prestata con carattere di abitualità e prevalenza.

È gravante sull'Inps l'onere di provare che l'attività svolta, nel periodo di contestazione, abbia avuto i caratteri della abitualità e prevalenza. (Nel caso di specie il Giudice ha ritenuto non assolto tale onere da parte dell'Inps in quanto aveva fatto discendere l'iscrizione d'ufficio dell'opponente nella Gestione Commercianti unicamente sulla base della natura commerciale dell'impresa (una s.n.c.) di cui il ricorrente era socio amministratore)

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 5 aprile 2022, n. 228 - Giudice Scottò.

LAVORO - opposizione avviso di addebito - interesse ad agire - legittimato passivo.

(D.lgs. n. 46/1999)

In tema di riscossione dei contributi previdenziali, l'opposizione avverso la cartella di pagamento per ritenute illegittimità di natura formale (anche se fondate) non esime il Giudice dall'accertamento della fondatezza dell'opposizione nel merito.

È quindi certamente carente di interesse ad agire il soggetto che, opponendosi ad avvisi di addebito Inps, allega unicamente l'omissione della notifica degli stessi senza spiegare alcuna contestazione nel merito delle pretese dell'Inps.

Unico legittimato passivo in relazione all'opposizione ex art 615 c.p.c. fondata sull'intervenuta prescrizione del credito è l'ente previdenziale titolare del diritto di credito asseritamente prescritto (e non, invece, l'agente della riscossione), in quanto poiché l'eccezione di prescrizione attiene al credito dell'ente previdenziale, quest'ultimo è titolare nel lato passivo del rapporto oggetto di lite e quindi anche l'unico legittimato passivo, senza che sia ipotizzabile alcun litisconsorzio necessario. (Nel caso di specie il ricorrente, opponendosi a vari avvisi di addebito, aveva convenuto in giudizio oltre all'Inps anche l'Agenzia delle Entrate eccependo unicamente l'intervenuta decadenza dal potere di riscossione ex art 25 D.lgs. n. 46/1999)

VA.TO.

Corte D'Appello di Genova, sez. lav., 11 aprile 2022, n. 74 - Giudice Rel. Baisi.

LAVORO - mezzi istruttori - poteri ufficiosi del giudice. (Art. 421 c.p.c.)

L'onere di specificare negli atti introduttivi i fatti posti a base delle richieste e i mezzi di prova di cui ci si intende avvalere trova un limite nei poteri d'ufficio riconosciuti al giudice al fine di tutelare l'esigenza della ricerca della verità materiale cui è doverosamente funzionalizzato il processo del lavoro.

Il Giudice, quindi, ove reputi insufficienti le prove già acquisite e possa desumere dalle risultanze di causa significativi dati di indagine, ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza. (Nel caso di specie la Corte D'Appello ha ritenuto che le informazioni riguardanti la composizione e i redditi del nucleo familiare, di cui alla domanda amministrativa avanzata dalla ricorrente per la richiesta di pagamento dell'assegno familiare e allegati nel giudizio di primo grado, costituissero una base probatoria meritevole di essere approfondita dal Tribunale attraverso l'acquisizione ufficiosa delle informazioni della situazione reddituale presso l'Agenzia delle Entrate ex art 421 c.p.c.)

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 12 aprile 2022, n. 245 - Giudice Grillo.

LAVORO - avviso di addebito Inps - forme di opposizione ordinarie a tutela del contribuente - vizi formali e motivi attinenti al merito - obblighi del giudice investito della causa - interesse ad agire da parte del debitore.

(Art. 24 D.lgs. n. 46/1999; Art. 615 c.c., Art. 617 c.p.c.)

Nel nostro ordinamento è data facoltà all'Inps emettere avvisi di addebito che sono, in tutto e per tutto, parificabili alle cartelle di pagamento. Avverso detto provvedimento l'ordinamento prevede diverse tipologie di opposizione: per motivi di merito ex art. 24 D.lgs. n. 46/1999; ex art. 615 c.p.c. per questioni attinenti alla pignorabilità ovvero a fatti estintivi sopravvenuti; ex art. 617 c.p.c. per vizi formali del procedimento.

Fermo quanto precisato, rappresenta principio indiscusso quello per l'effetto del quale il giudice che constati la presenza di vizi formali fatti valere dal ricorrente, non possa, comunque, esimersi dal prendere posizione nel merito ovvero sulla fondatezza o meno della pretesa contributiva dell'istituto. Da ciò ne deriva il seguente principio: è nella contestazione del debito contributivo, nel merito di esso, che trova fondamento l'interesse ad agire da parte del contribuente. L'interesse viene a mancare quando l'azione sia diretta a far valere solo i vizi formali degli atti esecutivi.

Pertanto, in tema di riscossione di contributi Inps ovvero dei premi INAIL, il giudice dell'opposizione non può limitarsi a dichiarare la illegittimità dell'avviso di addebito causa vizi formali ma deve entrare nel merito della pretesa applicando i medesimi principi che governano l'opposizione a D.I. La conseguenza della accertata sussistenza di vizi formali comporta soltanto l'impossibilità per Inps o INAIL di avvalersi del titolo esecutivo, permanendo in capo agli enti il diritto di chiedere l'accertamento giudiziale del credito.

MA.BR.

Tribunale di Genova, sez. lav., 1 giugno 2022, n. 352 - Giudice Bossi.

LAVORO - contratto di trasporto - contratto di appalto - appalto di servizi di trasporto - responsabilità in solido tra committente e appaltatore.

(Art. 29 co. 2, D.lgs. n. 276/2003; Circ. MLPS, n. 17 del 11.7.12)

In tema di differenza tra il contratto di trasporto e quello di appalto, "La differenza tra appalto e trasporto risiede nel fatto che il primo ha per oggetto il risultato di un fare, il quale può concretarsi nel compimento di opere o servizi che l'appaltatore assume verso il committente dietro corrispettivo ed è altresì caratterizzato dall'esistenza di un'organizzazione d'impresa presso l'appaltatore, nonché dal carico esclusivo del rischio economico nella persona del medesimo. Al contrario il trasporto prevede l'assunzione da parte di un soggetto dell'obbligazione di trasferire persone o cose, mediante una propria organizzazione di mezzi e attività personali, con l'assunzione a suo carico del rischio del trasporto (v. Cass. Sez. 2, n. 11430 del 17.10.92)

L'appalto di servizi di trasporto rappresenta una fattispecie negoziale mista, in cui alle obbligazioni tipiche del trasporto se ne aggiungono altre volte all'organizzazione di un servizio nell'interesse imprenditoriale del committente. In questi termini si è espresso anche il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali con la circolare n. 17 del 11.7.12, che fa scattare la solidarietà di cui all'art. 29 d.lgs. 276/2003, ogniqualevolta siano riscontrate, oltre alle prestazioni tradizionalmente connesse all'esecuzione del trasporto (custodia, deposito, carico e scarico merci), altre e distinte prestazioni che esulano dallo schema tipico del trasporto, configurando una diversa prestazione di servizi. (Nella specie, all'esame di tutti gli elementi è emersa "la preponderanza della dimensione organizzativa del servizio-trasporto su quella del mero trasferimento di merce da un luogo ad un altro, caratterizzante il contratto di trasporto. In particolare, le obbligazioni accessorie non possono ritenersi prestazioni collaterali e strumentali all'esecuzione di semplici trasporti, ma rappresentano, piuttosto la concretizzazione di un servizio concepito e organizzato in maniera unitaria per rispondere agli interessi del committente e garantire l'efficace perseguimento dei suoi obiettivi commerciali in una determinata zona).

PI.RA.

Tribunale di Genova, sez. lav., 13 giugno 2022, n. 404 - Giudice Grillo.

LAVORO - rapporto di lavoro subordinato - cessione di azienda - responsabilità solidale tra cedente e cessionario per crediti da lavoro.

(Artt. 1306, 2112 e 2909 c.c.)

Ai sensi dell'art. 2112 c.c., per il caso di cessione d'azienda, si prevede la responsabilità solidale del cedente e del cessionario per i crediti del lavoratore al momento della cessione. È pacifico che il lavoratore possa agire nei confronti anche di uno solo dei (possibili) debitori (così, del solo cedente o cessionario) non configurandosi litisconsorzio necessario, poiché le cause sono scindibili. Ne deriva, tuttavia, che una pronuncia emessa nei confronti del solo cedente (come nel caso di specie) non può dispiegare i suoi effetti anche nei confronti del cessionario, nei riguardi del quale potrà essere ottenuta autonoma condanna, previa prova degli elementi costitutivi il credito. Altrettanto vale per le pretese nei confronti del successivo cessionario. Vigè, infatti, nell'ordinamento il principio di diritto sostanziale della pluralità dell'autonomia, pur non assoluta, dei rapporti obbligatori di cui, secondo tesi prevalente, si compone l'obbligazione solidale (cfr. Cass. n. 2623/87; cfr. Cass. n. 6486/11; Cass. n. 27906/11), a cui corrisponde, sul piano processuale, la scindibilità delle cause ex art. 332 c.p.c. ed

esclusione del litisconsorzio necessario (cfr. tra le tante Cass. n. 7308/07; SS.UU. n. 14700/10.)

La regola dell'autonomia rileva anche a fronte dell'art. 2909 c.c. Invocando l'art. 2909 c.c. si otterrebbe il risultato che la pronuncia sfavorevole, nei confronti di uno solo degli obbligati in solido, produrrebbe i suoi effetti anche nei confronti degli altri, in violazione dell'art. 1306 c.c. e del principio del contraddittorio. (Nel caso di specie nessuno dei condebitori solidali ha dichiarato, ai sensi del secondo comma dell'art. 1306 c.c., di volersi avvalere della sentenza pronunciata tra uno dei debitori e il creditore. Pertanto, essendo rimesso alla volontà del coobbligato se avvalersi o meno di un giudice che gli è estraneo, perché formatosi in un giudizio al quale non ha partecipato né avrebbe dovuto partecipare, l'estensione dell'efficacia della sentenza, ex art. 1306 c.c.co.2, non può mai essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma dev'essere invocata dalla parte convenuta in giudizio).

PI.RA.

Corte d'Appello di Genova, sez. lav., 14 giugno 2022, n. 155 - Giudice Rel. Baisi.

LAVORO - opposizione avviso di addebito.

(Art. 617 c.p.c., D.lgs. n. 46/1999)

Nelle ipotesi di esercizio cumulativo di un'opposizione sul merito della pretesa oggetto di riscossione di cui all'art. 24 D.lgs. 46/1999 e di un'opposizione agli atti esecutivi inerente l'irregolarità formale dell'atto, le due azioni restano soggette ai termini propri di decadenza e ai propri rimedi impugnatori.

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 25 luglio 2022, n. 200 - Giudice Scotto.

LAVORO - rapporto di lavoro subordinato - licenziamento - giusta causa - rifiuto di eseguire la prestazione lavorativa.

Il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa, non costituisce giusta causa di licenziamento quando esso sia motivato da un inadempimento del datore di lavoro, salvo però il limite della buona fede e correttezza.

Il mero ritardo nel pagamento di una mensilità della retribuzione, non può giustificare un'assenza dal lavoro di un mese, risultando tale comportamento contrario a buona fede.

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 2 agosto 2022, n. 371 - Giudice Golinelli.

LAVORO - rapporto di lavoro subordinato - contratto a termine - periodo di prova - licenziamento.

(Artt. 2077 e 2096 c.c.; L. n. 96/2018)

Il periodo di prova di quattro mesi previsto in un contratto di lavoro subordinato di durata semestrale non è nullo per contrarietà al CCNL applicato che preveda un periodo di prova di durata inferiore.

Ma, qualora si volesse ritenere nulla la relativa clausola, la stessa non travolgerebbe comunque l'intero contratto ma si determinerebbe unicamente la sua inefficacia ai sensi dell'art. 2077 c.c., con conseguente sostituzione di diritto della clausola del contratto individuale difforme e meno favorevole per il lavoratore rispetto a quella del contratto collettivo.

Alla libertà di recesso da parte del datore di lavoro durante il periodo di prova e senza obbligo di motivazione, sussiste un unico limite costituito dal divieto di recesso per motivi non inerenti alla prova e comunque per motivi discriminatori.

La semplice dimostrazione, da parte del lavoratore, dell'esito positivo del periodo di prova non è di per sé però sufficiente ad invalidare il recesso.

Incombe quindi sul lavoratore, che deduca in sede giurisdizionale la nullità di tale recesso, l'onere di provare sia il positivo superamento del periodo di prova sia che il recesso sia stato determinato da un motivo illecito e, quindi, estraneo alla funzione del patto di prova.

Una volta accertata l'illegittimità del licenziamento perché intimato per finalità estranee al patto di prova (contenuto in un contratto a termine) perché manifestatamente riconducibili ad un comportamento ritorsivo, il datore di lavoro deve essere condannato al pagamento delle mensilità dovute dalla data del recesso sino alla scadenza naturale del contratto.

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 5 agosto 2022, n. 397 - Giudice Parodi.

LAVORO - risarcimento del danno iure proprio e iure hereditatis - esposizione a fattori cancerogeni (amianto) - decesso del lavoratore - risarcimento del danno - conoscibilità della eziologia professionale della patologia e termine di prescrizione dell'azione.

(Artt. 2043, 2087, 2946 e 2947 c.c.)

Trattasi di azione introdotta dagli eredi di un lavoratore deceduto a causa di un mesotelioma pleurico; l'azione viene promossa sia in punto danno iure hereditatis [art. 2087] che iure proprio [art. 2043 c.c.].

La prima, trattandosi di azione di responsabilità contrattuale [art. 2087 c.c.], è sottoposta al termine prescrizione ordinario di dieci anni; la seconda - pur proposta da soggetti estranei al rapporto di lavoro (i congiunti del lavoratore deceduto) e pur derivante da un inadempimento contrattuale del datore di lavoro - trova, invero, la sua fonte esclusiva nell'art. 2043 c.c. e, pertanto, è sottoposta al termine prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 c.c.

La prescrizione, sia essa decennale ovvero quinquennale, decorre dal momento in cui il lavoratore (o i suoi eredi) abbiano: 1. la piena consapevolezza della insorta malattia, con conseguente apprezzabile danno alla salute; 2. la ragionevole certezza dell'origine professionale della patologia lamentata. (Nel caso all'esame del magistrato, il dies a quo coincide con la data di decesso del congiunto (16.02.2005). La richiesta di risarcimento danni è pervenuta al datore di lavoro in data 18.02.2015. la pretesa risarcitoria dei ricorrenti è, quindi, prescritta per intervenuta prescrizione)

MA.BR.

Tribunale di Genova, sez. lav., 5 settembre 2022, n. 311 - Giudice Scotto.

LAVORO - società cooperativa - qualità di socio lavoratore - rapporto di lavoro subordinato - esclusione del socio - licenziamento ex lege.

(Art. 2533 c.c.; Art. 5 comma 2° Legge n. 142/2001)

In tema di licenziamento del socio-lavoratore di una cooperativa in forza della disciplina introdotta dalla Legge 142/2001, i soci sono legati alla cooperativa di produzione e lavoro da un duplice rapporto: associativo e di lavoro, con correlativa differenziazione dei relativi

atti estintivi. Ciascun atto colpisce un autonomo bene della vita, eventualmente per le medesime ragioni: la delibera di esclusione lo status socii, il licenziamento il rapporto di lavoro. Tuttavia, ai sensi dell'art. 5 co. 2 legge n. 142, il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio, poiché il nesso di collegamento tra rapporto associativo e rapporto di lavoro è unidirezionale (Cass. Sez. Un., 20 novembre 2017, n. 27436). Si tratta di una regola espressione della disciplina generale stabilita in tema di esclusione del socio di cooperativa dall'art. 2533 c.c. Ciò non esclude, tuttavia, che un lavoratore che abbia perso la qualità di socio, possa continuare la propria attività lavorativa, laddove sussista una volontà in tal senso di entrambe le parti (provabile anche per facta concludentia). In tale ipotesi il rapporto di lavoro darà luogo ad un ordinario rapporto di lavoro subordinato. (Nel caso di specie, nonostante la delibera di esclusione, il rapporto di lavoro è regolarmente continuato atteso che alla ricorrente sono state corrisposte le mensilità ulteriori rispetto alla data di esclusione dal rapporto associativo. La prosecuzione del rapporto, pertanto, impedisce che la ricorrente possa domandare in causa la ricostituzione del rapporto (di fatto mai interrottosi) né il risarcimento del danno; ciò in ragione del fatto che, essendo il rapporto proseguito con il relativo pagamento delle retribuzioni, in capo alla stessa non si è verificato alcun danno patrimoniale).

PI.RA.

Tribunale di Genova, sez. lav., 9 settembre 2022, n. 366 - Giudice Bossi.

LAVORO - rapporto di lavoro subordinato - contratto di agenzia - recesso - giusta causa - indennità ex art 1751 c.c.

(Artt. 1750, 1751, 2118 e 2119 c.c.)

Le parti di un contratto di agenzia possono liberamente recedere dallo stesso, ma qualora non accordino il preavviso all'altra parte sono tenute a corrispondere l'indennità di mancato preavviso.

La parte che subisce il recesso ha quindi diritto al pagamento di tale indennità qualora in giudizio allegghi il fatto costitutivo dell'obbligo (ossia l'esistenza del contratto a tempo indeterminato e il recesso in tronco), mentre sulla parte recedente che agisca chiedendo il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso e l'indennità di cessazione del rapporto ex art 1751 c.c., grava l'onere di provare il fatto impeditivo (ossia l'esistenza della giusta causa).

Anche se nel contratto di agenzia non vige la regola della contestualità e esaustività della contestazione, è comunque necessario il rispetto del principio dell'esecuzione secondo buona fede e correttezza.

La contestazione tardiva di fatti imputabili alla mandante posti alla base del recesso e l'attesa eccessiva del recesso medesimo rispetto a tali fatti, possono quindi essere apprezzati dal giudice, quanto meno sul versante della genuinità dei motivi di doglianza. (Nel caso di specie il preponente aveva convenuto in giudizio l'agente chiedendo, previa declaratoria di insussistenza della giusta causa del recesso, la condanna di quest'ultimo al pagamento della indennità sostitutiva del preavviso. In via riconvenzionale l'agente aveva chiesto la condanna del preponente al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso oltre alla indennità di cessazione del rapporto ex art 1751 c.c. Il Giudice ha ritenuto insussistente la giusta causa posta alla base del recesso di un agente che lamentava insoddisfazioni sulle politiche di gestione degli investimenti della mandante antecedenti di due anni rispetto all'intervenuto recesso)

VA.TO.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massimario

I

TAR Liguria, sez. I, 23 novembre 2021, n. 999 - Pres. Caruso - Est. Vitali - XX (Avv. Giordano) c. Min. Interno (Avvocatura dello Stato).

ARMI e MUNIZIONI - divieto amministrativo di detenzione - mancanza di un limite temporale di efficacia del provvedimento amministrativo - obbligo dell'amministrazione sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema normativo dell'amministrazione di riesame del divieto in quanto limitativo della sfera giuridica del privato in via permanente.

(Art. 39 r.d. 2018 giugno 1931, n. 773; Consiglio di Stato, sez. III, sent. 18 gennaio 2021, n. 500)

In base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema normativo, a fronte della mancanza di un limite temporale di efficacia del provvedimento (nella specie il divieto di detenzione di armi e munizioni), deve riconoscersi in capo al destinatario un interesse giuridicamente protetto ad ottenere, dopo il decorso di un termine ragionevole ed in presenza di positive sopravvenienze che abbiano mutato il quadro indiziario posto a base della pregressa valutazione di inaffidabilità, un aggiornamento della propria posizione e, in caso di esito positivo, la revoca dell'atto inibitorio. (1)

II

TAR Liguria, sez. I, 27 luglio 2021, n. 723 - Pres. Caruso - Est. Vitali - Rosa Pia Turi, in proprio e nella qualità di legale rappresentante e liquidatore della società Immobiliare Nido - s.r.l., (Avv. Vallerga) c. Comune di Varazze (Avv. Viscardi).

EDILIZIA - muro di contenimento - propria specificità ed autonomia in relazione alla sua funzione principale più ampia di quella di una recinzione - non riconducibilità al concetto di pertinenza - assoggettabilità al rilascio del permesso di costruire.

(Art. 7, comma 2, lett. b), legge regionale Liguria 6 giugno 2008, n. 16; Cons. St., sez. V, sent. 8 aprile 2014, n. 1651; Cons. St., sez. VI, 13 aprile 2021, n. 3005; T.A.R. Sicilia, sez. II, sent. 6 aprile 2021, n. 1116; T.A.R. Campania Salerno, sez. II, sent. 4 settembre 2019, n. 1491)

EDILIZIA - muro di contenimento - sussunzione nel concetto di pertinenza - sua esclusione sulla base anche un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 7 comma 2 lett. b) della legge regionale ligure n. 16/2008, nel senso che diversamente ne sarebbe messa in dubbio la costituzionalità per violazione dell'art. 117 terzo comma Cost., costituendo la definizione delle categorie degli interventi edilizi cui si collega il regime dei titoli abilitativi principio fondamentale della materia concorrente "governo

del territorio" di competenza dello Stato.

(Art. 117, comma 3, Cost.; art. 7, comma 2, lett. b), legge regionale Liguria 6 giugno 2008, n. 16)

Il muro di contenimento, pur potendo assolvere, in rapporto alla situazione dei luoghi, anche una concomitante funzione di recinzione, rappresenta tuttavia sotto il profilo edilizio un'opera ben più consistente in quanto non esclusivamente preordinata a recingere la proprietà ed è, soprattutto, dotato di propria specificità ed autonomia, escludendosene pertanto anche la sua riconducibilità al concetto di pertinenza. (2)

Anche in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 7, comma 2, lett. b), della legge ligure n. 16 del 2008, deve escludersi la riconducibilità di un muro di contenimento al concetto di pertinenza poiché diversamente la legge regionale sarebbe esposta al dubbio di violazione dell'art. 117, comma 3, della Costituzione, nel cui quadro è di competenza dello Stato la definizione delle categorie degli interventi edilizi cui si collega il regime dei titoli abilitativi principio fondamentale della materia concorrente "governo del territorio". (3)

III

TAR Liguria, sez. II, 10 maggio 2021, n. 424 - Pres. Basilico - Est. Pupella - Cesare Ercolini (Avv. Filoia) c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avvocatura dello Stato).

AZIONE DI OTTEMPERANZA - attuazione delle sentenze passate in giudicato del giudice ordinario - ricomprensione dei decreti di condanna emessi ai sensi della c.d. "legge Pinto".

(Art. 112, comma 1, lett. c), D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104; l. 24 marzo 2001, n. 89; TAR Liguria, sez. II, sent. 14 settembre 2020, n. 615)

AZIONE DI OTTEMPERANZA - decreti di condanna emessi ai sensi della c.d. "legge Pinto"- legittimazione passiva - individuazione sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata nel Ministero dell'economia e delle finanze in un'ottica sostanzialistica che meglio tutela il diritto di azione di cui all'art. 24 Cost.

(Art. 24, Cost.; art. 112, comma 1, lett. c), D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104; art. 5-sexies l. 24 marzo 2001, n. 89; art. 1, comma 1225, secondo periodo, l. 27 dicembre 2006, n. 296; Cons. St.)

In forza dell'art. 112, co. 1, lett. c), cod. proc. amm., gli interessati possono proporre l'azione di ottemperanza per conseguire l'attuazione delle sentenze passate in giudicato del giudice ordinario e degli altri provvedimenti a esse equiparati, tra cui debbono essere ricompresi i decreti di condanna emessi ai sensi della c.d. "legge Pinto", che hanno natura decisoria in materia di diritti soggettivi. (4)

Alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata la legittimazione passiva spetta al Ministero dell'economia e delle finanze in un'ottica sostanzialistica che meglio tutela il diritto

di azione di cui all'art. 24 Cost. e non all'Amministrazione che ha partecipato al giudizio in cui è stata condannata al pagamento.(5)

IV

TAR Liguria, sez. I, 19 aprile 2021, n. 355 - Pres. Caruso - Est. Felletti - D. e N. Terzolo, V. Luca, quest'ultimo anche in qualità di legale rappresentante pro tempore di Vincenzo Luca & C. s.a.s. (Avv.ti Vallerga e Bottazzi), c. Comune di Loano (non costituito in giudizio).

VINCOLO ALBERGHIERO - concetto in senso ampio degli standard alberghieri ai quali risulta impossibile l'adeguamento delle struttura - istanza di svincolo con riferimento alla sopravvenuta inadeguatezza della struttura ricettiva rispetto alle esigenze del mercato - ammissibilità.

(Art. 2, comma 2, lett. a), legge regionale Liguria 7 febbraio 2008, n. 1; Cons. St., sez. IV, 23 novembre 2018, n. 6626; T.A.R. Liguria, sez. I, 30 dicembre 2020, n. 981; T.A.R. Liguria, sez. I, 3 novembre 2020, n. 750)

VINCOLO ALBERGHIERO - adeguamento della struttura agli standard alberghieri ai quali risulta impossibile l'adeguamento del settore - insostenibilità dei costi necessari in quanto sproporzionati rispetto ai risultati economici che potranno essere conseguiti in una prospettiva di oculata gestione della struttura ricettiva - condizione legittimante lo svincolo - configurabilità in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata onde rendere compatibile il principio di funzionalizzazione della proprietà enunciato dall'art. 42 Cost., con la sussistenza stessa del diritto di proprietà e con la libertà di iniziativa economica enunciato dall'art. 41 Cost.

(Artt. 41 e 42 Cost.; art. 2, comma 2, lett. a), legge regionale Liguria 7 febbraio 2008, n. 1; Cons. St., Cons. St., sez. IV, 23 novembre 2018, n. 6626)

I proprietari degli immobili soggetti al vincolo alberghiero possono presentare motivata e documentata istanza di svincolo con riferimento alla sopravvenuta inadeguatezza della struttura ricettiva rispetto alle esigenze del mercato basata sulla oggettiva impossibilità di interventi di adeguamento complessivo dell'immobile, sul livello di qualità degli standard alberghieri comprensivo non solo dei requisiti qualitativi e strutturali necessari per la classificazione della struttura, ma anche di tutte quelle dotazioni che rendono l'hotel competitivo sul mercato e appetibile dalla clientela e/o sulla normativa in materia di sicurezza e/o di abbattimento delle barriere architettoniche. (6)

Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata del regime vincolistico alberghiero occorre che il vincolo costituisca il frutto di un accordo bilanciamento tra valori egualmente tutelati in Costituzione, in modo da rendere compatibile il principio di funzionalizzazione della proprietà enunciato dall'art. 42 Cost. con la sussistenza stessa del diritto di proprietà (in modo da evitare che un vincolo stringente nella destinazione ed indefinito nel tempo possa costituire un intervento di fatto espropriativo), e con la libertà di iniziativa economica che, fermi i limiti imposti dall'art. 41 Cost., impedisce un'imposizione coattiva dello svolgimento di attività allorché non ne sussista la convenienza economica. (7)

V

TAR Liguria, sez. I, 27 novembre 2020, n. 855 - Pres. Caruso - Est. Goso - R. Barbero (Avv.ti Gaggero e Perdelli) c. Comune di Loano (Avv. Cuocilo) (segue TAR Liguria sent. 2 febbraio 2017, n. 78 dopo sua riforma da parte di Cons. St., sez. IV, 23 novembre 2018, n. 6626).

VINCOLO ALBERGHIERO - antieconomicità dell'intervento di ristrutturazione dell'immobile - istanza di svincolo dell'immobile di proprietà - rigetto per inammissibilità ai sensi della legge regionale ligure n. 1 del 2008 - illegittimità del rigetto sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata che comprenda nel concetto di oggettiva impossibilità anche gli interventi ipoteticamente suscettibili di attuazione, ma del tutto sproporzionati, quanto alle spese richieste, alle dimensioni della specifica attività alberghiera.

(Artt. 41 e 42 Cost.; art. 2, comma 2, lett. a), legge regionale Liguria 7 febbraio 2008, n. 1; Cons. St., Cons. St., sez. IV, 23 novembre 2018, n. 6626)

Va accolto il ricorso avverso il diniego di svincolo alberghiero sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata (artt. 41 e 42 Cost.) che comprenda nel concetto di oggettiva impossibilità di ristrutturazione dell'immobile anche gli interventi ipoteticamente suscettibili di attuazione, ma del tutto sproporzionati, quanto alle spese richieste, alle dimensioni della specifica attività alberghiera. (8)

VI

TAR Liguria, sez. I, 7 gennaio 2021, n. 4 - Pres. Caruso - Est. Felletti - E.M.C. s.r.l. (Avv. Pafundi), c. Comune di Sanremo (Avv.ti Rossi e Sfamurri).

BARRIERE ARCHITETTONICHE - principio di solidarietà sociale - finalità di carattere pubblicistico - interesse generale all'accessibilità degli edifici.

(Artt. 77 e ss. d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380)

BARRIERE ARCHITETTONICHE - intervento di rimozione - legittimità sulla base di un'interpretazione costituzionalmente allorché si tratti di persone anziane o che hanno una capacità motoria ridotta indipendentemente dall'effettiva utilizzazione dell'opera da parte di portatori di handicap, trattandosi di garantire diritti fondamentali e non già di accordare diritti personali ed intrasmissibili a titolo di concessione al disabile in quanto tale.

(Artt. 77 e ss. d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380; Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2020, n. 1682)

La normativa in materia di abbattimento delle barriere architettoniche costituisce espressione di un principio di solidarietà sociale e persegue finalità di carattere pubblicistico, volte a favorire, nell'interesse generale, l'accessibilità agli edifici. (9)

In base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, l'intervento di rimozione di barriere architettoniche (nella specie la costruzione di un ascensore esterno all'edificio) deve essere consentito anche quando si tratti di persone anziane o che hanno una capacità motoria ridotta e, comunque, indipendentemente dall'effettiva utilizzazione dell'opera da parte di portatori di handicap, trattandosi di garantire diritti fondamentali

e non già di accordare diritti personali ed intrasmissibili a titolo di concessione al disabile in quanto tale. (10)

VII

TAR Liguria, sez. I, 29 agosto 2022, n. 726, Pres. Caruso - Est. Felletti - XX (Avv. Geraci), c. Ministero della Difesa (Avvocatura dello Stato).

FORZE ARMATE - marina - sanità militare - istanza di medico militare per la frequenza di corso di formazione specialistica - diniego - illegittimità del diniego in virtù del criterio di ragionevolezza e sulla base di un'interpretazione della normativa pienamente rispettosa dell'art. 34, comma 3, Cost., secondo cui i capaci e meritevoli hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi, sicché la frequenza ai corsi di specializzazione va consentita senza discriminazioni a tutti i medici militari (con la differenza che i riservisti permangono figurativamente in servizio, mentre gli altri specializzandi fruiscono del congedo straordinario).

(Artt. 34 Cost.; artt. 757 e 1506, D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66; art. 40, comma 2, D.lgs. 17 agosto 1999, n. 369; art. 6, comma 7, l. n. 30 novembre 1989, n. 398/1989)

In base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata ed in virtù del criterio di ragionevolezza, deve ritenersi consentita la frequenza ai corsi di specializzazioni a tutti i medici della sanità militare senza la distinzione non rispettosa dell'art. 34 Cost. (secondo cui i capaci e meritevoli, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi), all'interno della medesima categoria degli ufficiali medici, operata tra quelli rientranti nell'elenco dei riservisti designati dall'Amministrazione al di fuori di una procedura comparativa dei candidati e quelli che possono avere pari o superiore bravura come testimoniato dalla loro vittoria nella selezione per l'accesso ai corsi. (11)

VIII

TAR Liguria, sez. II, 19 giugno 2020, n. 414 - Pres. Peruggia - Est. Vitali - On Sport Sestri Levante SSD a.r.l. (Avv. Pattay) c. Comune di Sestri Levante (Avv. Cocchi).

CONCESSIONE PUBBLICA - gestione da parte di un privato di un bene del patrimonio indisponibile comunale funzionalmente destinato all'erogazione di un'attività di interesse generale - configurabilità.

(Art. 846, ultimo comma, c.c.; art. 3, comma 1, lett. vv), D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; Cons. St., sez. V, sent. 2 maggio 2013, n. 2385).

CONCESSIONE PUBBLICA - esercizio da parte della p.a. del suo potere autoritativo - giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(Art. 103 Cost.; art. 133, comma 1, lett. c), D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104; Corte cost. sentt. 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191)

CONCESSIONE PUBBLICA - fase esecutiva del contratto di concessione - giurisdizione del giudice ordinario riguardante indennità, canoni e altri corrispettivi - estensione di tale competenza sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata

anche ai profili di adempimento e inadempimento della concessione e alle conseguenze risarcitorie.

(Art. 103 Cost.; art. 133, comma 1, lett. c), D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104; art. 1456 c.c.)

Integra una concessione di pubblico servizio la gestione da parte di un privato di un bene del patrimonio indisponibile comunale funzionalmente destinato all'erogazione di un'attività di interesse generale (nella specie un impianto natatorio comunale). (12)

La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 103 comma 1 Cost. soltanto se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo. (13)

Un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., impone di ritenere che, come nella specie, nella fase esecutiva del contratto di concessione di pubblico servizio, la giurisdizione del giudice ordinario riguardante indennità, canoni e altri corrispettivi si estenda alle questioni inerenti ai profili di adempimento e inadempimento della concessione e alle conseguenze risarcitorie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti. (14)

IX

TAR Liguria, sez. I, 9 marzo 2020, n. 161 - Pres. Caruso, - Est. Goso - XX (Avv. Mancini e Nitti) c. Ministero dell'interno (Avvocatura dello Stato).

POLIZIA DI STATO - istanza di assegnazione temporanea di agente ad altra sede per motivi di famiglia - diniego sull'assunto della non applicabilità alla specie - illegittimità del diniego a motivo della portata generale dell'istituto dell'assegnazione temporanea ad altra sede per motivi di famiglia sulla base di una sua interpretazione costituzionalmente orientata della normativa costituzionale e sovranazionale in tema di sostegno della genitorialità e di tutela dell'infanzia.

(Art. 42-bis, comma 1, D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151; Cons. St., sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961; sez. VI, 1° ottobre 2019, n. 6577; sez. II, 26 agosto 2019, n. 5872; sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4993; sez. IV, 14 ottobre 2016, n. 4257; sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2113; sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2426; sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6016; sez. III, 16 ottobre 2013, n. 5036; sez. IV, 10 luglio 2013, n. 3683; sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2730)

Un'interpretazione costituzionalmente orientata dalle norme costituzionali e sovranazionali in tema di sostegno della genitorialità e di tutela dell'infanzia depone a favore della portata generale dell'istituto dell'assegnazione temporanea ad altra sede per motivi di famiglia che, pur tenendo conto delle specificità settoriali delle forze di polizia ad ordinamento civile e militare, trova applicazione anche nei confronti del personale non contrattualizzato. (15)

(1-15) Prime note sul ricorso all'“interpretazione costituzionalmente orientata” nella recente giurisprudenza del TAR Liguria.

1. Si propone qui un campione di pronunce in cui il TAR Liguria ha fatto ricorso nell'ultimo triennio alla tecnica decisoria dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Il tema, in questa sede appena deliberato in quanto all'evi-

denza meritevole di ben altri approfondimenti, non sembra infatti privo di interesse in quanto suscettibile di dare ancor maggior respiro alle diverse prospettive applicative delle Corti e del Foro.

È comunque noto come la tecnica decisoria in questione, messa in auge dalla Corte costituzionale particolarmente a fini deflattivi del contenzioso costituzionale, non si esaurisca in questa pur importante funzione di economia processuale, ma rechi in sé anche un'importante valenza costituzionale consistente nel coinvolgimento più pregnante del giudice comune nella custodia dei valori costituzionali.

In questa seconda prospettiva, infatti, il carattere, già parzialmente diffuso del nostro controllo di costituzionalità derivante dalla facoltà offerta ai giudici di mettere in moto tale controllo, è andato accentuandosi col consentire (*recitius*: nel richiedere) ai medesimi di interpretare un ruolo attivo anche nella soluzione dei casi quando le condizioni lo permettano.

Così a partire dalla metà degli anni '90, in base alla massima ormai divenuta famosa (sent. n. 356 del 1996) per cui le leggi non si dichiarano illegittime [solo] perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali, la Corte ha preso a pretendere che il potenziale giudice *a quo*, prima di sollevare una questione verifichi la sussistenza, accanto ai requisiti canonici della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione, anche quello dell'impossibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione della norma indubbiata.

Superfluo sottolineare il rilevante mutamento qualitativo, per questa strada, del rapporto tra Corte e giudici, nonché la valorizzazione della natura immediatamente normativa del testo costituzionale suscettibile di diretta applicazione in funzione parametrica nel processo comune anche al fine di evidenziare diverse potenzialità applicative della norma (quindi non tanto diversamente dalle decisioni interpretative di rigetto a cui la Corte faceva ricorso in passato).

Questa sorta di riconfigurazione del giudice non solo più come ausiliario della Corte ma anche come autonomo mantentore del sistema non è stata sminuita neanche dall'assessamento operato del 2015 nel senso di escludere la sanzione dell'inammissibilità della questione per omesso tentativo di interpretazione conforme allorché il giudice abbia almeno dato prova di avere esperito tale tentativo sia pure, a suo avviso, senza successo (si faccia il caso di interpretazioni consolidate della Cassazione ritenute troppo ingombranti dal giudice *a quo*), restando, pertanto ed in ultima analisi, l'individuazione della soluzione più corretta appannaggio della stessa Corte.

2. Sulla base di questa sintetica premessa, osserviamo come nel campione giurisprudenziale in questione il TAR Liguria operando, è vero, quasi in pari misura una *reductio ad legitimitatem* della normativa di origine regionale. (decc. sub da II a V) e di quella nazionale (decc. I, da VI a IX), è particolarmente nel primo caso che sembra esibire una funzione peculiare. Costituendo, infatti, del tutto ovviamente il primo banco di prova della legislazione in argomento, il TAR opera qui un'importante scelta di "politica legislativa" nel quadro del rapporto con la *governance* regionale, evitando di sottoporre la legislazione al test di validità davanti alla Consulta (come pure in numerose occasioni ha ritenuto di fare), proponendo esso stesso la soluzione costituzionalmente orientata ritenuta adeguata.

Da questo punto di vista, assume rilievo che il *thema deci-*

dendum graviti quasi del tutto intorno al tema dei diritti costituzionalmente tutelati, siano essi quella della difesa (III), della proprietà e dell'impresa (IV e V) o, ancora, delle persone svantaggiate (VI) (solo in un caso si fa questione di competenza legislativa: sub II). Ciò che restituisce un'immagine della giurisdizione amministrativa ligure meno schiacciata sulle questioni di puro diritto amministrativo, suggerendo qualche accostamento al modello francese del *référé-liberté*.

Neanche, del resto, sul fronte della normativa nazionale mancano simili aperture, oltre tutto peculiarmente connotate da prospettive di carattere sociale (tutela della famiglia: IX diritto allo studio: VII), esulandone soltanto quelle di impronta più "tradizionale" riguardanti la competenza dello stesso TAR (VIII) e la lesione della sfera giuridica del privato (I).

3. Certo: questi pochi *flash* non possono autorizzare conclusioni più ampie, ma ciò che si può tranquillamente riscontrare è un armonico inserimento del TAR Liguria nel sistema sia dal punto di vista della percezione di sé come prima linea nella verifica della validità delle leggi da applicare, sia della sensibilità verso i valori civili e sociali espressi dalla Carta.

Pasquale Costanzo

Corte Costituzionale, 13 giugno 2022, n. 144 - Pres. Amato - Red. Prosperetti - ENPA, LIPU, Birdlife Italia ody, WWF Italia, Lega antivivisezione (Avv. Stefutti) c. Regione Liguria (Avv. Bozzini), (sollev. TAR Liguria ord. 1 giugno 2021).

CACCIA - competenza residuale regionale - interdizione dalla caccia per soli tre anni, anziché dieci, nelle zone interessate da incendi - limitazione del divieto di caccia alle aree boschive percorse dal fuoco superiori all'ettaro - tutela dell'ambiente - competenza esclusiva dello Stato - questione di legittimità costituzionale - fondatezza.

(Art. 117, comma 2, lett. s) Cost. in relazione all'art. 10 l. 353, 2000; art. 46, comma 5, primo periodo, l. Reg. Liguria n. 4 22 gennaio 1999)

CACCIA - competenza residuale regionale - omessa tabellazione - obbligo spettante ai Comuni tutela dell'ambiente - questione di legittimità costituzionale infondatezza.

(Art. 117, comma 2, Cost., in relazione all'art. 10, l. 353, 2000; art. 46, comma 5, secondo periodo, l. Reg. Liguria, n. 4, 22 gennaio 1999)

Sono fondate le questioni relative all'interdizione da parte della Regione Liguria della caccia per soli tre anni, anziché dieci, nelle zone interessate da incendi, e alla limitazione del divieto di caccia riferito ad un'estensione minima per violazione del limite prescritto dallo Stato con l'abbassamento dello standard di protezione ambientale fissato, nell'esercizio della competenza esclusiva di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., dall'art. 10 della legge n. 353 del 2000, al fine di garantire la ricostituzione del bosco e della fauna. (1)

È infondata la questione di costituzionalità dell'omessa tabellazione da parte della Regione Liguria poiché spetta invece ai Comuni l'obbligo di censire i soprassuoli percorsi dal fuoco e,

comunque, non condiziona il divieto di attività venatoria. (2)
 TAR Liguria, sez. II, 4 ottobre 2022, n. 828 - Pres. Caruso - Est. Vitali - Ente Nazionale Protezione Animali E.N.P.A Onlus et al. (Avv. Stefanutti) c. Regione Liguria (Avv.ti Castagnoli e Bozzini) et al. e c. Federazione della Regione Liguria, A.N.U.U et al. (*ad opponendum*) (Avv. Balletti).

CACCIA - calendario venatorio - questione di legittimità costituzionale della normativa regionale presupposta - sentenza di accoglimento della Corte Costituzionale - revoca dell'atto impugnato - improcedibilità del ricorso.

(TAR Liguria, sez. II, ord. 501/2021; Corte Cost. sent. n. 144/2022; art. 46 l.r. Liguria 4/1999; nota 23.12.2019, n. 376978/2018 della Regione Liguria; atto 12.7.2022, n. 04035551 della Regione Liguria)

CACCIA - calendario venatorio - riassunzione del giudizio a seguito di sentenza di accoglimento della corte costituzionale - memoria di parte resistente integrativa della motivazione depositata in corso di giudizio - illegittimità - motivi aggiunti proposti dal ricorrente - accoglimento ed annullamento del calendario venatorio in parte qua.

(Art. 46 l.r. Liguria 4/1999; art. 10 comma 1, 2000/353)

È improcedibile il ricorso proposto avverso la determinazione della regione Liguria 12.7.2022, n. 04035551 revocata a seguito di dichiarazione d'incostituzionalità della normativa regionale presupposta. (3)

È illegittima la memoria del resistente integrativa della motivazione depositata in corso di giudizio, mentre vanno accolti i motivi aggiunti proposti dal ricorrente per violazione dell'art. 10, comma 1, della legge 2000/353 ad opera del calendario venatorio. (4)

(1-4) Nota.

Le due decisioni fanno tra loro sistema in quanto riferite alla stessa vicenda processuale da inserirsi in quella vera e propria saga ligure in materia di caccia che vede protagonisti i tre livelli regionale, statale ed eurounitario, con rilevante dispendio di attività istituzionali e risorse.

P.C.

Consiglio di Stato, sez. VIII, 23 maggio 2022, n. 4076, Pres. Giovagnoli - Est. Castorina - Turismo Sostenibile S.r.l. (Avv.ti Cocchi, Taccogna e Corbyons) c. Comune di Imperia, Regione Liguria, non costituiti.

CONCESSIONI DEMANIALI - atto di rinuncia - dismissione di un diritto come tipico effetto diretto - unilaterale - inequivocità.

(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sent. n. 2/2020)

CONCESSIONI DEMANIALI - norme legislative nazionali prescriventi la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative - contrasto con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/ce - inapplicabilità da

parte sia dei giudici, sia della p.a. - efficacia delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere sino al 31 dicembre 2023.

(Art. 49 TFUE; art. 12 direttiva 2006/123/CE)

Non integra una rinuncia vera e propria la fattispecie in cui l'intento dell'autore non risulta inequivocamente quello di dismettere un diritto, essendo invece diretto ad un fine ulteriore. (1)

È inesistente il provvedimento amministrativo in applicazione di una norma nazionale di proroga di una concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative in quanto contrastante con il diritto eurounitario, pur proseguendo l'efficacia delle concessioni già in essere sino al 31 dicembre 2023. (2)

(1-2) Nota.

Conferma TAR Liguria n. 987/2017. Sui principi di diritto formulati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nelle sentt. nn. 17 e 18 del 2021 in tema di proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, v. riferimenti in questa Rivista, 2022/1, 54.

P.C.

Corte costituzionale, 18 ottobre 2022, n. 213 - Pres. Sciarra - Red. de Pretis - Bonfor s.r.l. (Avv. Gaggero) c. Comune di Finale Ligure (Avv. Rocca).

CORTE COSTITUZIONALE - questione di legittimità costituzionale - questioni sollevate dalle parti ulteriori rispetto al thema decidendum - inammissibilità.

(Artt. 5, 117, 117, comma 2, lett. l, Cost.; art. 27, comma 1, l. 87/1953; Corte cost. sentt. 180, 182, 186 e 198/2022)

CORTE COSTITUZIONALE - questione di legittimità costituzionale - incongrua ed incompleta ricostruzione del quadro normativo - incertezza circa l'effettiva rilevanza della questione - inammissibilità.

(Artt. 3, 41, 42, Cost.; art. 23, comma 2, l. 87/1953; Corte cost. sentt. nn. 136, 182, e 193/2022)

Sono inammissibili, in base alla costante giurisprudenza costituzionale, le questioni sollevate dalle parti al di là del thema decidendum fissato nell'ordinanza di rimessione. (1)

Sono inammissibili le questioni sollevate in assenza di una congrua e completa ricostruzione del quadro normativo che consenta di giungere a conclusioni precise sull'effettiva applicabilità nel giudizio a quo delle norme impugnate. (2)

(1-2) Nota.

Questione sollevata nel procedimento vertente tra Bonfor srl e il Comune di Finale Ligure e altro, dal TAR Liguria con ordinanza del 20 novembre 2020, iscritta al n. 161 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 43, prima serie speciale, dell'anno 2021, avverso l'art. 7, comma 3, della legge della Regione Liguria 7 febbraio 2008, n. 2 (Testo unico in materia di strutture turistico-ricettive e balneari), come modificato dall'art. 4, comma 1, della legge della Regione Liguria 11 maggio 2009, n. 16 (Disposizioni urgenti di adeguamento della normativa regionale).

P.C.

TAR Liguria, sez. I, 25 luglio 2022, n. 154 - Pres. Caruso - Est. Basilico - Omissis (Avv.ti G. Bormioli e P. Bormioli) c A.S.L. n. 3 - Azienda Sociosanitaria Ligure (Avv. Rossi).

DIRITTO alla salute - esigenze finanziarie dell'ASL - bilanciamento nella fase cautelare del giudizio - autorizzazione al trasferimento all'estero per ricevere cure di altissima specializzazione.

(Art. 3 Cost.; D.m. 24.01.1990; art. 52, commi 1 e 2, D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; art. 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016; art. 2-septies. D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)

Di fronte al fondamentale diritto alla salute, nel bilanciamento proprio di questa fase sono da considerarsi recessive le esigenze dell'ASL di natura finanziaria.

Parte attrice impugnava il diniego opposto dall'ASL alla richiesta di autorizzazione al trasferimento all'estero per ricevere cure di altissima specializzazione, motivato in ragione della mancanza di un piano riabilitativo individuale redatto da un medico specialista.

Il Tar Liguria Sez. I, riteneva sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari concedendo il beneficio delle cure all'estero in quanto:

- *nessuno dei due centri sul territorio nazionale individuati dall'ASL ha dato risposta garantendo la prestazione nel termine di 15 giorni dalla richiesta, come previsto dal DM 24.01.1990, e quello che infine ha fornito un riscontro ha comunque prefigurato una serie di adempimenti (una valutazione preliminare e la redazione di un piano riabilitativo individuale), incompatibili con l'effettuazione a breve del ciclo di cure, necessaria per non interrompere la periodicità del trattamento (fermo restando che le prestazioni offerte dal centro italiano potranno essere riconsiderate per i prossimi cicli di cura, dato il maggior tempo a disposizione, anche nell'ottica di collaborazione e buona fede cui devono ispirarsi i rapporti tra cittadino e Amministrazione);*
- *l'interesse della ricorrente si correla al fondamentale diritto alla salute, rispetto al quale, nel bilanciamento proprio di questa fase, le esigenze dell'ASL, di natura finanziaria, non possono che recedere;*

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima) ha pertanto accolto l'istanza cautelare autorizzando la ricorrente al trasferimento per cure di altissima specializzazione all'estero, con riserva dell'ASL di ripetere le somme in caso di rigetto del ricorso nel merito.

P.C.

Corte costituzionale, 28 aprile 2022, n. 107 - Pres. Amato - Red. Antonini - Avv. St. (ord. Commissione tributaria regionale della Liguria l 23 settembre 2020).

IMPOSTE E TASSE - IMU - riduzioni ed esenzioni per l'abitazione principale - disparità di trattamento tra coppie coniugate residenti in uno stesso comune e quelle residenti in comuni diversi - disparità di trattamento tra coppie coniugate e coppie di fatto o unioni civili - questione di legittimità costituzionale - eccezione d'inammissibilità per inapplicabilità della normativa - fondatezza.

(Artt. 3, 16, 29 e 53 Cost.; art. 26, comma 2, l. 11

marzo 1953, n. 87; art. 9, comma 1, Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale; art. 13, comma 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., in l. 22 dicembre 2011, n. 214; D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504)

IMPOSTE E TASSE - ICI - riduzioni ed esenzioni per l'abitazione principale - disparità di trattamento tra coppie coniugate residenti in uno stesso comune e quelle residenti in comuni diversi - disparità di trattamento tra coppie coniugate e coppie di fatto o unioni civili - interpretazione costituzionalmente conforme questione di legittimità costituzionale - omissione per diritto vivente ostativo - eccezione d'inammissibilità per inapplicabilità della normativa richiamata - manifesta fondatezza.

(Artt. 3, 16, 29 e 53 Cost.; art. 26, comma 2, l. 11 marzo 1953, n. 87; art. 9, comma 1, Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale; art. 13, comma 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., in l. 22 dicembre 2011, n. 214; D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504)

IMPOSTE E TASSE - ICI - riduzioni ed esenzioni per l'abitazione principale - disparità di trattamento tra coppie coniugate residenti in uno stesso comune e quelle residenti in comuni diversi - disparità di trattamento tra coppie coniugate e coppie di fatto o unioni civili - questione di legittimità costituzionale - formulazione in modo oscuro e contraddittorio, con conseguenti ripercussioni in termini di ambiguità del petitum - manifesta inammissibilità.

(Artt. 3, 16, 29 e 53 Cost.; art. 26, comma 2, l. 11 marzo 1953, n. 87; art. 9, comma 1, Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale; art. 8, comma 2, D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504)

È manifestamente fondata l'eccezione di inammissibilità formulata dal Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto in giudizio per mezzo dell'Avvocatura generale dello Stato, per difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011, conv., con modif., in l. 22 dicembre 2011, n. 214, poiché oggetto di impugnativa nel giudizio principale è un avviso di accertamento relativo all'ICI dovuta per l'anno 2011, secondo le disposizioni dell'art. 8, comma 2, del D.lgs. n. 504 del 1992

È fondata l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale per omessa interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 8, comma 2, del D.lgs. n. 504 del 1992, avendo il giudice a quo ritenuto di per sé ostativo alla possibilità di tale interpretazione la sussistenza di un diritto vivente inapplicabile alla norma indubbiata

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504 e dell'art. 13, comma 2, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, nella legge 22 dicembre 2011, n. 214, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 16, 29 e 53 della Costituzione, perché formulata in modo oscuro e contraddittorio, con conseguenti ripercussioni in termini di ambiguità del petitum

P.C.

TAR Liguria, sez. I, 4 aprile 2022, n. 256 - Pres. Caruso - Est. Vitali - Tizio (Avv.ti Barison e Bernardoni) c. Ministero dell'Interno e Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (Avvocatura Distrettuale dello Stato).

RITIRO del passaporto - apposizione timbro di non validità - per l'espatrio al documento di identità - di proporzionalità e adeguatezza - Tribunale Sorveglianza - esecuzione condanna penale.

Il ritiro del passaporto emesso ai sensi dell'art. 12 della legge 21 novembre 1967, n. 1185, deve ritenersi un'attività amministrativa vincolata in forza di una disposizione normativa primaria di carattere imperativo, in quanto funzionale all'interesse (di ordine pubblico) alla effettiva esecuzione della condanna ad una pena restrittiva della libertà personale. Invece, l'apposizione della dicitura "documento non valido ai fini dell'espatrio" sulla carta di identità, emesso ai sensi dell'art. 2 del D.P.R. 6.8.1974, n. 649, è una disposizione di carattere regolamentare, la cui attuazione in via amministrativa postula la valutazione del caso concreto e delle sue peculiarità, nel rispetto del principio di proporzionalità e adeguatezza.

(Nel caso di specie, sebbene il ricorrente, residente in uno Stato dell'Unione Europea, non sia stato ammesso all'esecuzione della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale all'estero (come pure è possibile ai sensi del D. Lgs. n. 38 del 2016 - cfr. Cass. Pen., I, Sent., 15.7.2020, n. 20977), nondimeno veniva specificamente autorizzato con provvedimento del Tribunale di Sorveglianza a recarsi a prestare attività lavorativa a Nizza. Donde l'illegittimità dell'apposizione sulla carta di identità, contestualmente al ritiro del passaporto, della dicitura "documento non valido ai fini dell'espatrio", che, rende di fatto impossibile l'adempimento delle prescrizioni contenute nell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza, in quanto affetta da eccesso di potere, sotto i profili della violazione dei principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità).

TAR Liguria, sez. I, 17 novembre 2021, n. 980 - Pres. Caruso - Est. Vitali - XY (Avv. Da Passano) c. Università di Genova (Avvocatura dello Stato) e nei confronti di XW (Avv.ti Morbidelli, Giovannelli e Giagnoni).

UNIVERSITÀ degli Studi di Genova - procedure di reclutamento di professore associato e di ricercatore universitario (SSD ius/12 diritto tributario) - censure d'irregolarità tuttavia carenti di precise, certe e concrete allegazioni probatorie - acclarato rispetto delle norme che disciplinano la forma e il contenuto delle procedure in piena aderenza al loro fine pubblico - eccesso di potere - insussistenza.

(Art. 18, comma 1, l. 240, 30.12.2010, T.A.R. Veneto, I, 7.8.2018, n. 855; T.A.R. Piemonte, I, 2.8.2016, n. 1102)

PROCESSO AMMINISTRATIVO - ricorso incidentale teso all'annullamento dell'abilitazione scientifica nazionale della parte ricorrente - contestazione della legittimazione della parte ricorrente a partecipare alla procedura di selezione al posto di professore di seconda fascia - priorità della soluzione della questione in quanto condizione dell'azione - canone di concentrazione delle azioni - competenza del tar adito con il ricorso principale.

(Art. 42, comma 4 c.p.a., Cons. di St., Ad. Plen., ord. 20.11.2013, n. 29, Cons. di St., VI, ord. 24.11.2014, n. 5782)

PROCESSO AMMINISTRATIVO - ricorso incidentale teso all'annullamento dell'abilitazione scientifica nazionale della parte ricorrente - interesse al ricorso sorto solo a seguito della notificazione del ricorso principale - tempestività - sussistenza.

(Art. 42, comma 4 c.p.a., art. 16, l. 240/2010)

PROCESSO AMMINISTRATIVO - ricorso incidentale teso all'annullamento dell'abilitazione scientifica nazionale della parte ricorrente - funzione pubblica di un componente della commissione per l'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale palesemente viziata da un interesse sviato e determinante - eccesso di potere - annullamento dell'abilitazione scientifica nazionale della parte ricorrente - sopravvenuta mancanza dei requisiti di partecipazione alla procedura di reclutamento indetta dall'università di Genova per la copertura di un posto di professore di seconda fascia (SSD IUS/12 diritto tributario) - inammissibilità del ricorso principale.

La censura di eccesso di potere per sviamento deve essere sorretta dall'allegazione di elementi probatori precisi, certi e concreti in ordine alla divergenza dell'atto dalla sua funzione tipica, ovvero per finalità diverse da quelle enunciate dal legislatore con la norma attributiva dello stesso; pertanto, non possono ritenersi sufficienti a suffragare la dedotta censura i semplici sospetti o le supposizioni che non si traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo, allorché l'atto in tesi viziato risulti comunque adottato dalla commissione (SSD IUS/12 Diritto Tributario) nel rispetto delle norme che ne disciplinano la forma e il contenuto e in piena aderenza al fine pubblico al quale è istituzionalmente preordinato

Va affermata la competenza del TAR Liguria in ordine al ricorso incidentale teso all'annullamento dell'abilitazione scientifica nazionale della parte ricorrente sulla base di un'interpretazione conforme alla ratio dell'art. 42, comma 4, c.p.a., dal momento che l'esclusione della cognizione del ricorso incidentale da parte giudice competente anche per quello principale riguarda esclusivamente i casi di ricorso incidentale rientranti nella competenza "funzionale" del TAR Lazio sede di Roma o di altro TAR, e non semplicemente territoriale.

Va ritenuto tempestivo, alla luce dell'art. 42 c.p.a., il ricorso incidentale teso all'annullamento dell'abilitazione scientifica nazionale della parte ricorrente dal momento il relativo interesse è sorto soltanto in dipendenza della notificazione del ricorso principale.

La circostanza che la funzione pubblica di un componente della commissione di concorso (SSD IUS/12 Diritto Tributario) sia stata palesemente viziata da un interesse sviato ed il suo voto determinante vizia l'abilitazione scientifica nazionale della parte ricorrente, che, in accoglimento del ricorso incidentale, dev'essere annullata per eccesso di potere, donde l'inammissibilità del ricorso principale.

P.C.

TAR Liguria, sez. I, 20 ottobre 2022, n. 902 - Pres. Morbelli - Est. Felletti - XW (Avv.ti Manconi e Manenti)

c. Università di Genova (Avvocatura dello Stato) e MIUR (non costituito) e nei confronti di Y (Avv.ti Cocchi e Taccogna).

UNIVERSITÀ - procedura di reclutamento di docenti e ricercatori universitari - congruenza dei titoli dei candidati con il settore scientifico-disciplinare della procedura concorsuale - parametro specificatamente indicato dalla normativa - adeguata considerazione nella valutazione comparativa.

(Art. 15 e 24, l. 240/2010; Cons. St., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4282; 6 maggio 2014, n. 2295; 24 gennaio 2011, n. 473)

UNIVERSITÀ - procedura di reclutamento di docenti e ricercatori universitari - valutazione dell'interdisciplinarietà dei titoli dei candidati - preventiva tipizzazione a livello normativo - esclusione di valutazioni differenti.

(Art. 15 e 24, l. 240/2010; Cons. St., sez. VII, 1 set-

tembre 2022, n. 7633; T.A.R. Puglia, Bari, sez. un., 16 maggio 2022, n. 678; C.G.A. Reg. Sic., sez. giur., 21 luglio 2015, n. 569)

La congruenza dell'attività del candidato con i contenuti del settore scientifico-disciplinare per il quale è bandita la procedura concorsuale per ricercatore universitario costituisce uno dei parametri specificatamente indicati dalla normativa per misurare il profilo scientifico dei partecipanti ad un concorso universitario a posti di docente o ricercatore, onde tale aspetto può e deve essere adeguatamente tenuto in considerazione in sede di valutazione comparativa.

L'individuazione del nesso di interdisciplinarietà delle pubblicazioni, dei titoli e del curriculum dei candidati non può essere rimessa alla scelta soggettiva dei commissari, ma deve basarsi su una preventiva tipizzazione operata a livello normativo, sicché che la commissione può apprezzarla esclusivamente in relazione a tematiche interdisciplinari afferenti ad un settore normativamente qualificato come affine.

P.C.

Documenti

Peculiarità insulare o fallimento della specialità? (osservazioni sparse sull'ultima revisione costituzionale della XVIII legislatura)

Pasquale Costanzo

*Professore Emerito di Diritto Costituzionale
Università di Genova*

Sommario: 1. *Il ritorno delle isole nel testo costituzionale.* - 2. *Il rilievo territoriale delle isole italiane.* - 3. *Insularità e diritti fondamentali.* - 4. *Insularità e specialità regionale.*

1. Il ritorno delle isole nel testo costituzionale.

Il 2022 si chiude con una seconda revisione costituzionale (la quarta della XVIII legislatura da poco trascorsa (1)), a riprova della maggiore pervietà di riforme puntuali rispetto a quelle di più grande respiro il più delle volte sopraffatte dai dissidi e dalle convenienze politiche quando non da referendum reputati troppo ampi e disorganici.

Ci riferiamo qui alla legge costituzionale n. 2 del 2022 recante “*Modifica all’articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall’insularità*” approvata a maggioranza assoluta in seconda lettura dalle due Camere e rimasta indenne dal referendum confermativo, che pure si sarebbe potuto richiedere non avendo i voti favorevoli attinto il *quorum* dei due terzi dei componenti delle due Assemblee.

Quest’ultima circostanza non rivela, peraltro, in apparenza alcuna ostilità al varo della riforma dal momento che in nessuna delle quattro letture canoniche si sono registrati voti contrari, ma occorrerebbe riflettere sul significato della mancata partecipazione al voto di ben 152 deputati nell’ultima votazione (al netto di quelli in missione) che ha ostacolato il raggiungimento del *quorum* predetto. Comunque sia ne è derivato il ritardo nella promulgazione e nell’entrata in vigore della legge di revisione: e ciò in maniera abbastanza incongruente con la ricercata celerità dell’*iter* approvativo (2).

Una circostanza che in ogni caso merita ancora di essere segnalata è che la riforma scaturisce da un’iniziativa legislativa popolare (3) ciò che ne fa senz’altro una prima assoluta e, per il momento, un *unicum* nella nostra vicenda costituzionale (4): (anche se, come vedremo, del tenore originario non è residuo granché, già a partire dal titolo) (5).

Venendo rapidamente al merito di quest’ultimo ritocco al nostro Testo fondamentale, deve subito osservarsi come in realtà non si sia in presenza di un inedito per il nostro panorama costituzionale in quanto, come molti ricorderanno, già il testo originario della Costituzione recava una clausola di favore per le isole in una più generale cornice di riguardo per le zone storicamente depresse della Penisola: lo stesso art. 119 oggi riformato, al suo quarto comma, statuiva, infatti, che “Per provvedere a scopi determinati, e particolarmente per valorizzare il Mezzogiorno e le Isole, lo Stato assegna per legge a singole Regioni contributi speciali” (6).

L’abrogazione di una simile previsione ha costituito l’effetto

indiretto della completa riformulazione della disposizione costituzionale da parte dell’art. 5 della legge cost. n. 3 del 2001 (di revisione del Titolo V) nel quadro di un ripensamento delle dinamiche economiche e finanziarie del nostro regionalismo e probabilmente nella considerazione che lo storico dualismo economico e sociale tra la parte progredita e quella arretrata del Paese non richiedesse più la forma di perequazione immaginata dai Costituenti e che, anzi, il ruolo ivi assegnato allo Stato potesse militare contro una piena autonomia da parte delle Regioni interessate nella scelta delle soluzioni da adottare per il loro sviluppo (ruolo peraltro non completamente obliterato a motivo dell’introduzione col prevedersi un fondo perequativo senza vincoli di destinazione a favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante (7)).

Quest’ultimo assunto non appare, per vero, del tutto smentito dalla riforma del 2022 perché sono ora le sole isole a rientrare, per così dire, nell’alveo di una specifica benevola considerazione della Costituzione, autorizzandosi, in principio, interventi destinati a ripianare insufficienze rispetto al continente in quanto la Repubblica ne riconosce le peculiarità e promuove le misure necessarie a rimuoverle. Per altro verso, è significativo che il nuovo disposto non renda più lo Stato unico protagonista della scena, ma solleciti, per così dire, anche tutte le autonomie interessate a concorrere alle politiche di progresso e risanamento (8).

2. Il rilievo territoriale delle isole italiane.

Occorre a questo punto a rilevare come un’attenzione specifica al più alto livello ordinamentale per l’insularità non appare priva di giustificazioni già solo dal punto di vista geografico e geopolitico, visto che viene indicata in oltre 800 (circa 50.000 km quadrati su un totale territoriale nazionale di 301.230) la quantità delle isole italiane (9), in 77 il numero di quelle che risultano abitate, per un totale demografico di circa 7 milioni di abitanti, ossia circa un dodicesimo dei 58.983.122 abitanti registrati da Istat per l’intera Italia al 1° gennaio 2022, mentre 36 comuni trovano collocazione in un’isola. Laddove, se è vero che il totale pertiene quasi per intero alle sole due isole maggiori della Sicilia e della Sardegna, non appaiono però del tutto trascurabili altri insediamenti insulari sovente omologabili per coordinate geo-demografiche a quelli continentali (10).

Ciò precisato, è impossibile non ritenere che, nella nuova prospettiva costituzionale, un ruolo assolutamente preponderante sarà comunque giocato dalla Sicilia e dalla Sardegna, a cui particolarmente già pensavano i Costituenti nell’allestire il testo originario dell’art. 119 Cost. (11) estrapolando addirittura le isole dal contesto della questione meridionale a motivo del complesso di fattori socio-economici e politico-culturali che “peculiarmente” le connotano (12).

3. Insularità e diritti fondamentali.

Ma al di là di questi inquadramenti generali, che cosa, più nel concreto, ha motivato questa revisione? Si tratta di un ritorno all’antico e di un ripensamento della revisione del 2001? Può ricavarsi una qualche risposta dallo stesso nuovo testo dell’art. 119 Cost. con l’ausilio dei lavori preparatori. Pare al proposito centrale il già accennato riferimento all’insularità

assunta come condizione gravida di svantaggi attinenti principalmente ai trasporti (problema della c.d. continuità territoriale), all'ambiente (ecosistemi fragili che lo stesso turismo sembra mettere a repentaglio), la dimessa attività economica (in ragione della scarsa diversificazione o della stagionalità di talune imprese), la consistenza demografica (a causa dell'emigrazione giovanile verso il continente) e il lavoro (principalmente a motivo della minor qualificazione professionale delle forze lavoro) (13).

La considerazione, peraltro, di simili criticità traspariva con qualche maggiore allarme dal testo presentato dai sottoscrittori popolari, secondo il cui tenore "lo Stato [avrebbe dovuto riconoscere] il grave e permanente svantaggio naturale derivante dall'insularità e [disporre] le misure necessarie a garantire un'effettiva parità e un reale godimento dei diritti individuali e inalienabili". Se, infatti, si confronta tale testo con quello definitivamente approvato si nota agevolmente, oltre alla sostituzione del soggetto Stato con quello di Repubblica, a cui si è già fatto cenno, come la formula "il grave e permanente svantaggio naturale derivante dall'insularità" sia stata, per così dire, sdrammatizzata e tramutata nel disposto "gli svantaggi derivanti dall'insularità", mentre ha fatto ingresso la formula più "incoraggiante" o comunque anodina della "peculiarità" insulare. Ma, soprattutto, è stata soppressa la previsione per cui occorresse "garantire un'effettiva parità e un reale godimento dei diritti individuali e inalienabili" (si noti come, in caso di approvazione, sarebbe stato introdotto in Costituzione la nuova qualificazione di inalienabili con riferimento ai diritti, salvo, poi, il problema della sua omologazione o meno con quella di fondamentali e del suo ruolo nell'economia del testo costituzionale che parla preferibilmente di inviolabilità e, in un'unica occasione, di fundamentalità).

Con riferimento, comunque, a quest'ultimo punto, l'idea del *vulnus* che un'insularità non presidiata potrebbe arrecare a situazioni soggettive costituzionalmente protette a continuato a ripresentarsi nel dibattito, richiamandosi particolarmente l'esigenza di tutelare la libertà di circolazione ex art. 16 Cost. inficiata dalla discontinuità territoriale (14), la libertà di stabilimento di derivazione eurounitaria compromessa dalla necessità di abbandonare la propria terra di origine e la stessa eguaglianza tra cittadini. Risulta, dunque, che le modifiche soppressive di consimili riferimenti siano stati motivati per evitare che l'insularità venisse configurata solo "come fonte di svantaggio e di conseguenti ristori di tipo economico e finanziario", inserendo nel contempo il riconoscimento delle "peculiarità delle isole" intesa in senso ampio in quanto "inclusiva della promozione delle specificità" e della "valorizzazione di carattere culturale, storico e naturalistico di tali territori".

Il principio dell'insularità è venuto in rilievo anche quando esso è stato additato come una vittima sacrificale della revisione del Titolo V anche da parte di esponenti politici più favorevoli alla sua soppressione in quanto incompatibile del nuovo principio del federalismo fiscale, lamentandosi comunque da ogni parte anche la pessima applicazione (o disapplicazione) successiva di tale principio

4. Insularità e specialità regionale (15).

Può in estrema sintesi conclusivamente il non frequente unanimismo (favorito dall'imminente chiusura della legislatura?) che sul piano politico ha sorretto la revisione in parola ed il fatto che un punto non secondario della riforma del Titolo V sia stato, a circa vent'anni di distanza, sostanzialmente sconfessato.

Non si tratta, però, come si è cercato di evidenziare, di una semplice riesumazione della situazione anteriore: anzi, dal punto di vista istituzionale è forte la suggestione nel considerare la revisione anche come una forma di presa d'atto del fallimento della tradizionale specialità regionale delle due nostre grandi isole a favore ora di una "specialità peculiare" che reclama *ab extra* le "misure necessarie" meglio viste (rendendo, a sua volta, peculiare la specialità delle tre restanti Regioni della medesima categoria omologabili tra loro sotto diversi profili geografici, storici ed etnici).

Diciamo: una presa d'atto, in quanto la legislazione corrente aveva ormai messo in chiaro la necessità del concorso statale per ripianare i deficit insulari (16). Solo raramente, però, fa capolino qualche analisi critica degli indirizzi di politica economica e sociale adottati dalle due isole in tutto il tempo che ci separa dalla loro istituzione e degli inadempimenti rispetto agli obiettivi recati dai rispettivi Statuti (plateale, ci sembra, in via esemplificativa la mancata attuazione del Piano di rinascita della Sardegna, contraddicendo, almeno per il momento, le orgogliose parole di Emilio Lussu alla Costituente per cui "Noi abbiamo coscienza che la rinascita dell'Isola sarà più opera dei sardi e di quanti altri vivono con loro che non dei governi di Roma").

Insomma, se si desidera una reale e costruttiva attuazione al nuovo principio di insularità, prima ancora di attingere alle fonti esterne (peraltro, come detto, da tempo già aperte), occorrerà mettere mano alla valorizzazione delle risorse umane e naturali locali, suscettibili anche di nuova valorizzazione alla luce del diffondersi sia della cultura ambientale che sta offrendo al fenomeno insulare *chance* inedite in termini di attrattiva naturalistica e turistica (17), sia della consapevolezza che, come è stato sottolineato da più parti, l'insularità non è solo fonte di svantaggi, ma ha "messo capo nel corso dei secoli a peculiarità storico, culturali, linguistiche e istituzionali, che contribuiscono ad arricchire il patrimonio culturale nazionale", così da far da volano allo sviluppo delle attività imprenditoriali e lavorative e da incentivo a restare a presidio di un territorio diventato una risorsa preziosa.

Note.

(1) Le tre precedenti modifiche hanno riguardato gli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari (l. cost. 19 ottobre 2020, n. 1), l'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica (l. cost. 18 ottobre 2021, n. 1) e gli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente (l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1).

(2) Ecco le principali scansioni: prima lettura del Senato 5 novembre 2021; prima lettura della Camera 30 marzo 2022; seconda lettura del Senato 28 aprile 2022; seconda lettura della Camera 28 luglio 2022. Nell'ambito della procedura, il maggior ritardo è stato causato dalla neghittosità della Commissione Bilancio della Camera a rilasciare il previsto parere tanto da provocare, ad un certo momento, la stigmatizzazione di qualche deputato e, appresso, la critica allo schematico nulla osta su un provvedimento tanto rilevante. Infine preoccupazioni per la sorte della proposta sono state espresse per l'ingorgo legislativo prodotto dal "travagliato momento politico" nello scorso mese di luglio (*L'Unione sarda* online del 13 luglio 2022).

(3) Iniziativa legislativa promossa, nell'ambito del consiglio regionale sardo, dal Comitato Promotore per l'insularità con il sostegno della FASI (Federazione delle associazioni sarde in Italia) e dell'ANCIM (Associazione dei comuni delle isole minori).

(4) Confermandosi l'ormai risalente dottrina che non ha individuato specifici limiti materiali a tale tipo di iniziativa, fatta eccezione per il limite, peraltro generale, degli oggetti a iniziativa riservata (A.A. CERVATI, in

Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, sub art. 71).

(5) Anticipiamo qui che la proposta intitolata in partenza “Modifica dell’articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento del grave e permanente svantaggio naturale derivante dall’insularità” è pervenuta alla sua approvazione con il nuovo titolo “Modifica all’articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall’insularità”.

(6) In generale, sul rilievo costituzionale delle isole, v. T.E. Frosini (cur.), *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino 2007. Per il livello internazionale, v. P. Fois, *L’insularità nel diritto internazionale ed interno: orientamenti convergenti*, ibid., 191-196.

(7) Ciò, come spesso sottolineato, per compensare gli svantaggi del sistema federalista che si sarebbe inteso allestire.

(8) È appena il caso qui di ricordare la distinzione introdotta nell’art. 114 Cost. tra Stato e Repubblica come comprensiva dello Stato stesso, delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni.

(9) Né va trascurato il carattere marittimo, lagunare, lacustre o fluviale dell’insularità, , come emerso dai lavori preparatori della revisione, anche nel tentativo di recuperare in qualche modo la proposta: S. 497. “Legge quadro per lo sviluppo delle isole minori marine, lagunari e lacustri” (approvata dal Senato, ma arenatasi alla Camera) e quindi ora travolta dalla fine della legislatura. Sul punto, v. i Dossier del Servizio studi del Senato del settembre 2018, n. 58 e n. 70.

(10) L’insularità come fattore distintivo a vari fini si ritrova anche nelle Costituzioni di altri ordinamenti e nella stessa dell’Unione europea (art. 174 TFUE), nel cui ambito i disagi connessi all’insularità hanno trovato particolare riecheggamento nella Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2016.

(11) Anche i lavori preparatori della riforma testimoniano la preminente

attenzione accordata alle problematiche siciliane e sarde (queste ultime, a loro volta, prevalenti sulle prime).

(12) Per le altre più ridotte realtà insulari, il quadro risulta assai più articolato, essendosi talune attestate, specie dal punto di vista turistico e ambientale, su adeguati livelli di sviluppo (per non parlare di Venezia che è pur sempre un’isola!), e rimaste altre ancora prive di propri determinati servizi essenziali. Da entrambi i punti di vista è facile previsione che la riforma non cambierà nulla per la Liguria che conta soltanto su 6 isole qualificabili come tali (arcipelago spezzino - con Palmaria, Tino, Tinetto e Torre Scola -, Gallinara e Bergeggi) tra cui la sola Palmaria alloca su un’ apprezzabile estensione (1,89 km) qualche decina di abitanti (40/50).

(13) Ricavo queste informazioni soprattutto dal Dossier elaborato dal Servizio studi del Senato (23 novembre 2021), che ha costituito il principale riferimento evocato da tutte le parti politiche durante l’iter approvativo.

(14) Mette conto al proposito ricordare anche l’episodio dell’approvazione dell’ordine del giorno C.9/03353/001 9/3353/1 inteso, tra l’altro, ad impegnare il Governo a ridurre i disagi derivanti dalla condizione di insularità della Sicilia, assicurare il diritto alla mobilità e assumere ogni opportuna iniziativa necessaria ad assicurare un collegamento stabile tra Sicilia e continente, registrandosi il disaccordo del Governo ad una più esplicita identificazione di tale collegamento con il Ponte sullo Stretto in quanto ritenuto già il collegamento per antonomasia.

(15) In dottrina, v. G.G. Carboni, *L’insularità e i suoi costi. Riflettendo sulla proposta di modifica dell’art. 119 della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico ed europeo*, n. 1, 2022; G. Armao (cur.), *Condizione e costi dell’insularità. In Italia e in Europa*, a cura di Soveria Mannelli 2022.

(16) Negli stessi lavori preparatori sono sovente richiamate tali misure

(17) Ad es. fatti salvi i fenomeni come quelli che hanno caratterizzato il fiorire della Costa Smeralda, gli stessi studi preparatori hanno evidenziato le potenzialità delle isole in termini di produzione di energia rinnovabile.

Sezione di diritto tributario

Massimario

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 7 giugno 2022, n. 445 - Pres. Pellegrini - Rel. Morbelli.

ACCERTAMENTO - rettifica della dichiarazione - accertamento induttivo - ires irap iva - cooperativa di pescatori - acquisto extracontabile gasolio - ammontare ricavi realizzati dal "pescato" - correlazione presuntiva - infondatezza - fattispecie.

Non è configurabile un rapporto diretto ed automatico tra le forniture di gasolio ricevute da una contribuente al di fuori della contabilità ufficiale ed un maggiore quantitativo di pescato. Invero essendo la pesca, per definizione, una attività aleatoria non vi è un rapporto proporzionale tra l'impegno di risorse umane e materiali e la quantità di pescato di talché non può sostenersi con certezza che all'aumento del consumo di gasolio corrisponda un aumento proporzionale di pescato. Tuttavia, pare attendibile, invece, che tale rapporto possa essere esprimibile prudenzialmente nella misura di un terzo. In altri termini un aumento del consumo di gasolio può ragionevolmente lasciare intendere un aumento del pescato nei termini di un terzo del rapporto unitario derivante dal rapporto complessivo tra pescato e gasolio. Per cui se il rapporto complessivo pescato/gasolio raggiunge un valore per ogni unità aggiuntiva di gasolio deve aggiungersi un terzo della corrispondente quantità di pescato.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 23 agosto 2022, n. 699 - Pres. e Rel. Caputo.

ACCERTAMENTO - studi di settore - presupposto - mero scostamento - "gravi incongruenze" - necessità.

Una "semplice divergenza tra i valori dichiarati e quelli risultanti dallo studio", non giustificano l'accertamento ex art. 62-sexies del d.l. n. 331/199 atteso che occorrono "gravi incongruenze. In particolare, la nozione di "grave incongruenza" non può essere ricavata avendo riguardo in via assoluta a precise soglie quantitative fisse di scostamento, trattandosi di indici di natura relativa da adattare a plurimi fattori propri della singola situazione economica, del periodo di riferimento ed in generale della stessa storia commerciale del contribuente destinatario dell'accertamento, oltre che del mercato e del settore di operatività.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 6 settembre 2022, n. 740 - Pres. Varalli - Rel. Chiti.

ACCERTAMENTO - società estinta - debiti sociali - responsabilità degli ex soci - ripartizione di somme - bilancio finale di liquidazione - effettiva percezione - dimostrazione - amministrazione finanziaria - onere - incombenza.

La responsabilità dei soci è limitata alla parte da ciascuno di essi conseguita nella distribuzione dell'attivo risultante dal bilancio di liquidazione sicché l'effettiva percezione delle somme da parte di essi, in base al bilancio finale di liquidazione, e la loro entità, vanno provate dall'Amministrazione finanziaria che agisce contro i soci per i pregressi debiti tributari della società secondo il normale principio dell'onere della prova, non valendo a tal fine un mero accenno a presunzioni di occultamento di attività sociali effettuato senza alcuna idonea dimostrazione.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 6 settembre 2022, n. 742 - Pres. Bolognesi - Rel. Gosò.

ACCERTAMENTO - operazione elusiva - assenza di logica di mercato - onere della prova - amministrazione finanziaria - incombenza - contribuente - prova contraria - incombenza - fattispecie.

In tema di operazioni elusive, l'Ufficio deve dimostrare che l'operazione commerciale non risponde a logiche di mercato ragionevoli e che, come tale, risulta priva di reale contenuto economico diverso dal risparmio di imposta. Una volta che l'Amministrazione abbia fornito elementi presuntivi atti a dimostrare la sussistenza di un comportamento elusivo, l'onere di fornire la prova contraria si trasferisce sul contribuente (nella specie, la CTR ha ritenuto elusiva l'operazione di una società che aveva stipulato un contratto di locazione con un'altra società con la quale era accomunata dalla medesima compagine sociale e che non aveva altri introiti se non tale canone di locazione; la conduttrice assumeva a proprio carico, senza la previsione di alcun indennizzo, tutte le spese di ordinarie e straordinarie, ed accendeva, successivamente, tre mutui di rilevante importo per sostenere le ingenti spese di ristrutturazione del medesimo immobile. Tali spese venivano capitalizzate, quali spese su beni di terzi, con l'ammortamento del relativo costo per tutta la durata residua del contratto di locazione. Secondo la CTR, tale operazione era preordinata a consentire alla società conduttrice di abbattere il proprio reddito imponibile, facendo emergere una perdita nell'anno accertato, non essendo altrimenti spiegabile, secondo criteri di logica, aziendale, la ragione della presenza, nel contratto di locazione, di pattuizioni palesemente antieconomiche a suo danno).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 9 settembre 2022, n. 746 - Pres. Venturini - Rel. Chiti.

ACCERTAMENTO - residenza - Principato di Monaco - centro degli affari e degli interessi vitali - prevalenza - relazioni affettive e familiari - rilevanza marginale - fattispecie.

Ai fini della individuazione della residenza fiscale del contribuente, se in Italia o all'estero, deve farsi riferimento al centro degli affari e degli interessi vitali dello stesso, dando prevalenza al luogo in cui la gestione dei detti interessi è esercitata abitualmente in modo riconoscibile dai terzi, non rivestendo ruolo prioritario, invece, le relazioni affettive e familiari, le quali rilevano soltanto unitamente ad altri criteri attestanti univocamente il luogo con il quale il soggetto ha il più stretto collegamento. A tal fine, deve ritenersi residente nel Principato di Monaco quel contribuente che ivi abbia il proprio centro principale degli interessi, svolgendovi per l'intero anno la propria attività lavorativa alle dipendenze di una società monegasca ed avendovi la propria residenza dimora abituale (nella specie, la CTR ha ritenuto irrilevanti, al fine di configurare una residenza in Italia, le frequenti incursioni del contribuente nel territorio italiano presso i limitrofi porti di Savona e Vado Ligure, ritenute effettuate per via del lavoro svolto di tecnico specializzato, in occasione delle quali erano svolte anche visite ai suoi familiari. La CTR ha altresì considerato irrilevante il fatto che il contribuente ritraesse un modesto canone di locazione dall'affitto di una casa in Albisola e che possedesse in Italia della polizze assicurative).

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 24 ottobre 2022, n. 820 - Pres. Varalli e Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO - motivazione - succinta - integrazione nel corso del giudizio - ammissibilità - limiti.

PROCESSO TRIBUTARIO - società di persone - soci - litisconsorzio necessario - giudizio di primo grado - cause decise separatamente - giudizio di appello - riunione - ammissibilità.

In tema di motivazione dell'accertamento, è ammessa nel corso del giudizio tributario l'integrazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato una decisione dell'amministrazione succintamente motivata, qualora la successiva esternazione di una compiuta motivazione non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato o quando i fondamenti del provvedimento poi impugnato fossero già percepibili, in base al principio di leale collaborazione tra privato e p.a., nella fase endoprocedimentale. Tale principio non può però essere applicato nei casi in cui l'atto non enunci neppure i presupposti su cui è fondata la pretesa impositiva (nella specie l'accertamento non spiegava la ragione per cui la provvigione conseguente ad un contratto di consulenza era stata considerata dall'Ufficio superiore rispetto a quella concretamente fatturata tra le parti).

Nei giudizi relativi a tributi imputati per trasparenza nei rapporti tra società di persone ed i suoi soci, ma decisi separatamente nonostante il litisconsorzio tributario, la riunione delle cause in luogo della declaratoria di nullità può avvenire nel giudizio d'impugnazione quando la complessiva fattispecie, oltre che dalla piena consapevolezza di ciascuna parte processuale dell'esistenza e del contenuto dell'atto impositivo notificato alle altre parti e delle difese processuali svolte dalle stesse, sia caratterizzata da identità oggettiva (causa petendi) dei ricorsi, proposizione degli stessi avverso un accertamento sostanzialmente unitario con sostanziale identità di difese, simultanea trattazione degli afferenti processi innanzi al giudice di merito, identità sostanziale delle decisioni adottate.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 23 agosto 2022, n. 700 - Pres. e Rel. Caputo.

DAZI DOGANALI - rapporto Olaf - contenuto - generico - pretesa impositiva - idoneità a costituire prova - esclusione.

In tema di dazi antidumping applicati a fronte del disconoscimento dell'origine della merce importata, la pretesa impositiva non può essere fondata unicamente su di una relazione OLAF che si riferisca ad importazioni compiute in un periodo di tempo diverso da quello contestato, e che per di più non abbia compiuto alcuna verifica diretta del processo produttivo dei materiali contestati da parte dell'esportatore (fattispecie in tema di importazione di tubi di cui contestava la reale origine non preferenziale cinese a fronte di quella non preferenziale indiana dichiarata).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 24 agosto 2022, n. 714 - Pres. Venturini - Rel. Chiti.

DAZI DOGANALI - rapporto Olaf - dichiarazione - revisione - PVC - mancata emissione - principio del contraddittorio - violazione - esclusione.

In materia Doganale l'emissione di un PVC è necessaria nel caso in cui la rettifica si fondi sulla documentazione reperita nel corso di una verifica in azienda ma non nel caso in cui l'Amministrazione abbia preso in considerazione il rapporto Olaf giungendo alle conclusioni revisionali delle dichiarazioni presentate. Conseguentemente, non è

configurabile alcuna lesione del principio del contraddittorio preventivo di cui all'art. 12, c. 7, l. n. 212/2000 (norma che peraltro non sarebbe neppure applicabile a fronte dell'applicabilità della procedura speciale di cui all'art. 11, D.lgs. n. 374/90), in quanto i diritti di difesa del contribuente, in mancanza di una sua previa audizione, non sono violati qualora la normativa nazionale gli consenta comunque di contestare l'atto nell'ambito di un ricorso amministrativo precedente anche la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecuzione.

Corte di Giustizia Tributaria di II° grado della Liguria, 24 ottobre 2022, n. 818 - Pres. Varalli - Rel. Goso.

DAZI DOGANALI - contraddittorio preventivo - art. 92 d.l. n. 1/2012 - inapplicabile ratione temporis - congruo termine per osservazioni - riconoscimento - necessità.

In materia doganale, se, ratione temporis, non può trovare applicazione la norma speciale di cui all'art. 92, d.l. n° 1/2012 (che introducendo il comma 4-bis all'art. 11 D.lgs. n. 374/90, ha previsto un termine dilatorio di trenta giorni entro il quale l'operatore interessato può fornire osservazioni al PVC), vertendosi in materia di tributi armonizzati, devono comunque essere rispettate le garanzie del contraddittorio, con conseguente assegnazione di un termine congruo per la presentazione di osservazioni da parte dell'operatore. Pertanto, il lasso temporale di soli otto giorni tra la notifica del PVC e l'emissione dell'avviso di pagamento non è un termine sufficiente a garantire, secondo un criterio di ragionevolezza, l'adeguato esercizio del diritto di difesa (nella specie, la C.G.T. ha ritenuto irrilevante il fatto che la contribuente avesse comunque avuto modo di presentare osservazioni postume, un'istanza di sgravio parziale in autotutela e di tutelare la propria posizione attraverso l'iniziativa giurisdizionale, avendo ritenuto tali rimedi inidonei a surrogare le garanzie del contraddittorio preaccertativo).

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 25 luglio 2022, n. 276 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo.

IMPOSTA DI REGISTRO - diritti reali immobiliari - donazione con riserva di usufrutto per sé e dopo di sé - nuda proprietà - valore - determinazione - valore dell'usufrutto - coefficiente - età dell'usufruttuario più giovane - applicazione.

Nell'ipotesi di donazione della nuda proprietà con riserva di usufrutto, da parte del disponente, per sé e dopo di sé, a favore di un terzo, il valore della nuda proprietà ai fini dell'imposta di registro è determinato quale differenza tra il valore della proprietà e quello dell'usufrutto, dovendo quest'ultimo essere calcolato applicando il coefficiente riferito al più giovane degli usufruttuari (dovendosi considerare le "aspettative di vita" di colui che ha la le maggiori probabilità di essere il più longevo tra gli usufruttuari), ai sensi dell'art. 46, c. 2, lett. c, TUR (e non del comma 3 dell'art. 46 cit., come preteso dall'Ufficio).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 6 settembre 2022, n. 743 - Pres. Varalli - Rel. Chiti.

IMPOSTA DI REGISTRO - cessione di azienda - valore di avviamento - rettifica - insieme dei beni ceduti - potenzialità - valutazione - necessità.

In tema di imposta di registro dovuta per una cessione d'azienda, l'Ufficio deve considerare il valore corrente dell'avviamento al netto delle passività e procedere ad un giudizio di congruità sul valore dichiarato in atti e rettificarlo utilizzando come parametro di confronto

anche le scritture contabili. A tal fine, l'Ufficio è libero di adottare i criteri che ritiene più idonei alla determinazione del più realistico valore di avviamento che corrisponde alla potenzialità dell'insieme dei beni ceduti, non sussistendo alcun obbligo per l'Amministrazione di adottare i parametri stabiliti dal DPR 460/96 purché si dia conto di quelli adottati, spettando al contribuente l'onere di provare il contrario. Pertanto, la valutazione dell'avviamento non può basarsi su un singolo elemento ma implica una valutazione complessiva, in funzione prospettica di tutti i beni e rapporti connessi con l'impresa stessa e con la capacità di produrre profitti nel futuro oltre che con riferimento ai redditi passati.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 settembre 2022, n. 765 - Pres. Cardino - Rel. Cardino.

IMPOSTA DI REGISTRO - fideiussioni plurime - decreto ingiuntivo - enunciazione - solidarietà cumulativa - assunzione - unicità del debito - imposta proporzionale - su di una sola fideiussione - applicazione.

In tema di imposta di registro, ai sensi dell'art. 6 della Tariffa, parte prima, allegata al TUR, in caso di plurime fideiussioni enunciate nello stesso decreto ingiuntivo e comportanti responsabilità solidale cumulativa dei fideiussori per lo stesso debito, l'imposta proporzionale di registro va applicata ad una sola fideiussione, con sottoposizione delle altre ad imposta di registro in misura fissa, non essendo condizionata l'applicazione di detto speciale regime né alla contestualità della prestazione delle garanzie né ad una comune consapevolezza dei garanti di prestare garanzia per lo stesso debito, rilevando esclusivamente il fattore agevolativo rappresentato dalla solidarietà cumulativa assunta quale conseguenza legale della pluralità di co-garanzie per lo stesso debito.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 11 agosto 2022, n. 666 - Pres. Bolognesi - Rel. Goso.

IMPOSTA DI SUCCESSIONE - cumulo - donatum con il relictum a aliquota progressiva - soppressione.

In tema di imposta di successione, intervenuta la soppressione del sistema dell'aliquota progressiva in forza dell'art. 69 della legge n. 342/2000, deve ritenersi implicitamente abrogato l'art. 8, comma 4, del D.lgs. n. 346/1990, che prevedeva il cumulo del donatum con il relictum al solo fine di determinare l'aliquota progressiva da applicare, attesa la sua incompatibilità con il regime impositivo caratterizzato dall'aliquota fissa sul valore, non dell'asse, ma della quota di eredità o del legato. Ne consegue che, una volta venuta meno l'aliquota progressiva in favore di un sistema ad aliquota fissa sul valore, non dell'asse globale, ma della quota di eredità o del legato, non può esservi più spazio per dar luogo al cumulo. Né potrebbe farsi ricorso ad alcuna ratio antielusiva una volta differenziate le aliquote di legge sulla base del criterio primario, non dell'ammontare crescente del compendio ereditario, ma del rapporto di parentela.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado di Genova, 18 ottobre 2022, n. 808 - Pres. e Rel. Cardino.

IMPOSTA SULLE DONAZIONI - accertamento - cointestazione di un conto corrente bancario - precedente mono-intestazione - pretesa impositiva - onere della prova - Amministrazione - incombenza - fattispecie - comuni disponibilità originarie ed antecedenti - rilevanza - donazione indiretta - non sussiste.

Nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria sostenga che la cointestazione di un rapporto bancario, in precedenza mono-intestato, rappresenti o dissimuli una donazione indiretta al nuovo intestatario della metà dell'attivo esistente sul rapporto, alla luce del testo dell'art. 7, comma 5-bis, D.lgs. 31.12.1992, n. 546, introdotto dall'art. 6, l. 31.8.2022, n. 130, la stessa è onerata della relativa prova, dovendo cioè provare, anche in via presuntiva, l'effettività della traslazione patrimoniale dall'uno all'altro soggetto – cioè il carattere simulato del negozio di accertamento di cui trattasi. Conseguentemente, l'atto impositivo è invalido se, al di là della cointestazione stessa, non vi sia altro elemento che deponga per una traslazione patrimoniale fra i due intestatari del conto (Nella specie, secondo la CGT, la vicinanza parentale e la comune attività svolta nell'azienda familiare deponevano per una sostanziale equivalenza delle disponibilità dei due cointestari ed hanno portato la Corte a ritenere verosimile quanto sostenuto dal ricorrente e cioè che la cointestazione altro non era che la formalizzazione di una precedente contitolarità fra i fratelli delle disponibilità liquide presenti sul conto, non essendovi quindi stata alcuna traslazione patrimoniale ed, a maggior ragione, alcun animus donandi da parte del ricorrente).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 2 agosto 2022, n. 601 - Pres. Graziano - Rel. Scanu.

IRAP - base imponibile - esclusione - attività produttiva - utilizzazione di navi - armatore - appalto - servizi a bordo delle navi - società appaltatrici - fruizione del beneficio - ammissibilità.

In tema di IRAP, l'art. 12, c. 3, D.lgs. n. 446/97, nel riconoscere il beneficio della esclusione del valore della produzione dalla base imponibile IRAP, al soggetto passivo che "esercita attività produttive mediante l'utilizzazione di navi iscritte nel registro" di cui all'articolo 1, c.1, d.l. n. 457/1997, non pone alcuna distinzione o limitazione in ordine ai contratti dai quali derivi l'"utilizzo" della nave. Conseguentemente, possono fruire di tale esclusione anche i soggetti che, in forza di contratti di appalto con l'armatore, prestino a favore di quest'ultimo e sulle sue imbarcazioni, con proprio personale, servizi complementari di camera, servizi di cucina o servizi generali a bordo delle navi adibite a crociera nonché ogni altra attività commerciale complementare, accessoria o comunque relativa all'attività crocieristica, non potendo ritenersi che tali attività possano trovare attuazione concreta senza un utilizzo della nave.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 18 ottobre 2022, n. 875 - Pres. di Napoli - Rel. Grasso.

IRAP - base imponibile - commissioni di istruttoria veloce (CIV) - assoggettabilità ad imposta - sussiste.

Le commissioni di istruttoria veloce (CIV) che gli istituti di credito addebitano alla clientela devono essere assoggettate ad IRAP: ciò in quanto i componenti positivi (C.I.V. addebitate alla clientela) e i componenti negativi (costi di struttura e del personale) sono tra loro correlati di modo che alla avvenuta deduzione dei costi relativi alle CIV dalla base imponibile IRAP deve corrispondere l'assoggettamento ad imposizione dei relativi ricavi da CIV, e ciò anche se tali ricavi sono stati rilevati, in base alle istruzioni della Banca d'Italia, in una voce di bilancio non rilevante ai fini IRAP.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 6 giugno 2022, n. 434 - Pres. Fugacci - Rel. Parentini.

IRES - ricavi e plusvalenze - art. 55 comma 2 t.u. 1986, n.

917 - cessione di partecipazioni - esenzione - requisito della commercialità - conferimento - sussistenza - fattispecie.

Nell'ipotesi di creazione di una "newco", con successivo conferimento in essa di un ramo di azienda in regime di neutralità fiscale, seguito dalla cessione della partecipazione ricevuta, le caratteristiche rilevanti ai fini della valutazione dei requisiti della commercialità e della residenza della società partecipata sono quelle "ereditate" dal soggetto conferente.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 23 agosto 2022, n. 693 - Pres. Fanucci - Rel. Cunati.

IRES - oneri deducibili - quote di ammortamento - disconoscimento - decadenza - 31 dicembre quarto anno successivo a quello in cui il costo è stato sostenuto.

In ipotesi di costi che danno diritto a deduzione frazionata in più anni e di quote di ammortamento, la decadenza in danno dell'Agenzia delle Entrate deve ritenersi necessariamente maturare con il decorso del 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione relativa ai periodi fiscali in cui i costi sono stati concretamente sostenuti e l'ammortamento è stato iscritto a bilancio. E', infatti, alle anzidette annualità che si ricollegano i presupposti del diritto alla deduzione e, quindi, il diritto medesimo nel suo definitivo valore (mentre il frazionamento interferisce solo sul relativo mero esercizio) così come la predisposizione della documentazione giustificativa.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 24 agosto 2022, n. 714 - Pres. Venturini - Rel. Chiti.

IRES - affitto di azienda - beni materiali - ammortamento - deduzione quote - concedente - deroga alla regola generale - contratto - clausola specifica - necessità.

Affinché operi la previsione di cui all'art. 102, c. 8, TUIR, che, in caso di affitto di azienda, consente al concedente, in deroga alla regola generale, di dedurre quote di ammortamento dei beni materiali in luogo dell'affittuario, è necessario che le parti lo prevedano inserendo nel contratto di affitto di azienda una clausola chiara ed esplicita.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 7 ottobre 2022, n. 803 - Pres. e Rel. Fugacci.

IRES - ricerca e sviluppo - credito d'imposta - recupero - mancata preventiva acquisizione di parere tecnico del ministero dello sviluppo economico - eccesso di potere - inconfigurabilità - difetto di "novità assoluta" - mancata dimostrazione - fattispecie - rimborso - spetta.

È illegittimo l'atto impositivo che recupera un credito per "ricerca e sviluppo" sul presupposto dell'assenza di "novità" del relativo progetto, quando l'Ufficio ometta completamente di indicare in quale misura il progetto contestato trovi fondamento in conoscenze preesistenti o per quale ragione difetti del requisito della "novità". Tanto più che nella specie le novità e il valore della ricerca della società ricorrente sono stati certificati dagli esperti in ricerca e sviluppo (già iscritti agli albi degli esperti del Ministero dell'Istruzione e del ministero dello Sviluppo Economico) selezionati da Regione Liguria per la valutazione delle attività di ricerca realizzate nel contesto del bando POR FERS Liguria 2014-2020.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 2 agosto 2022, n. 595 - Pres. Picozzi - Rel. Castelli.

IVA - art. 38-bis d.p.r. n. 633/72 - rimborso - fideiussione - costo - restituzione - art. 8 l. n. 212/2000 - applicabilità - sussiste.

L'art. 8, quarto comma, l. 212/2000 attribuisce, a tutela dell'integrità del patrimonio del contribuente, un diritto al rimborso degli oneri fideiussori obbligatoriamente sostenuti dal contribuente per non subire un prelievo tributario che poi si riveli infondato (a prescindere dall'espletamento di un'attività accertativa) o per ottenere un rimborso di cui si accerti la definitiva fondatezza. Conseguentemente, l'art. 8, c. 4, cit. comprende i costi di tutte le garanzie che il contribuente ha richiesto, trovando quindi applicazione anche con riferimento ai costi per la fideiussione che il contribuente ha dovuto prestare per ottenere un rimborso IVA ai sensi dell'art. 38-bis d.p.r. 633/72. Ed infatti con l'espressione "ha dovuto richiedere", l'art. 8 cit. si riferisce non all'esistenza di un ipotetico obbligo normativo in tal senso, bensì alla necessità (intesa come onere) della richiesta della garanzia in rapporto allo scopo perseguito (ottenere la sospensione del pagamento di tributi o la rateizzazione o il rimborso).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 agosto 2022, n. 674 - Pres. Bolognesi - Rel. Goso.

IVA - credito d'imposta - rimborso - domanda - modalità di presentazione - dichiarazione - compilazione quadro RX4 - legittimità .**IVA - credito d'imposta - rimborso - domanda - esposizione del credito in dichiarazione - termine - prescrizione decennale - applicazione.**

La domanda di rimborso del credito d'imposta maturato dal contribuente deve considerarsi già presentata con la compilazione del corrispondente quadro della dichiarazione annuale ("RX4") la quale configura formale esercizio del diritto mentre la presentazione del modello VR costituisce, ai sensi dell'art. 38 bis del d.P.R. n. 633/1972, solo un presupposto per l'esigibilità del credito e, dunque, un adempimento prodromico al procedimento di esecuzione del rimborso.

Il credito IVA esposto dal contribuente nella dichiarazione dei redditi è soggetto all'ordinaria prescrizione decennale, mentre non è applicabile il termine biennale di decadenza previsto dall'art. 21, comma 2, del D.lgs. n. 546/1992, in quanto l'istanza di rimborso non integra il fatto costitutivo del diritto, ma solo il presupposto di esigibilità del credito per dare inizio al procedimento di esecuzione del rimborso stesso.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 3 ottobre 2022, n. 789 - Pres. Fugacci - Rel. Gibelli.

IVA - trasporto marittimo nei 50 km - esenzione ex d.l. 328/97 - locazione di imbarcazione con equipaggio - imponibilità - fattispecie - iva - applicabilità.

Sul punto appare determinante il principio sancito dalla sentenza della Cass. Civ. Sez. Trib. del 14.1.20 n. 419. Essa stabilisce che l'esenzione IVA spetta in blocco ove quella di impresa sia dalla prima "prevalentemente integrata". Come ogni presupposto di esenzione anche quello suddetto deve essere provato dal contribuente. Nel caso il ricorso menziona diverse forme di impiego del natante in gestione all (...) (alcune delle quali non classificabili di certo come trasporto di linea, ma assai più simili alla locazione di imbarcazione con equipaggio). In ogni caso nessuna deduzione indica circostanze tali da ritenere superato in fatto il dato presuntivo (contrario alla sussistenza del presupposto invocato) ritraibile dall'art. 6 della legge n. 172/03 che dichiara le imbarcazioni da diporto genericamente inadeguate al trasporto di persone). Risulta quindi confermato il dato primario dell'accertamento, ov-

vero la imponibilità ai fini IVA dell'intera attività svolta dalla ricorrente.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 7 giugno 2022, n. 443 - Pres. Pellegrini - Rel. Morbelli.

PROCESSO TRIBUTARIO - atti impugnabili - estratto di ruolo - art. 3 bis d.l. n. 146/2021 - retroattività - applicazione - impugnabilità - limitata.

Deve ritenersi che la previsione dell'art. 3-bis del d.l. n. 146/2021, che ha limitato l'impugnabilità dell'estratto di ruolo ai soli casi ivi previsti, abbia carattere interpretativo di un divieto preesistente, e dunque ad essa debba essere attribuita efficacia retroattiva, con conseguente inammissibilità del ricorso proposto al di fuori della casistica contemplata dal medesimo art. 3-bis cit.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 18 agosto 2022, n. 679 - Pres. Caputo - Rel. Laurenzana.

RISCOSSIONE - iscrizione a ruolo a nome di una società estinta - notifica - socio illimitatamente responsabile - legittimità.

L'estinzione di una società (nella specie, una s.a.s.), per effetto della cancellazione dal Registro delle imprese, implica che nei debiti sociali subentrano "ex lege" i soci, sicché il fisco, ove le proprie ragioni nei confronti dell'ente collettivo siano state definitivamente accertate e divenute definitive, è legittimato ad azionare il credito vantato nei confronti dei soci illimitatamente responsabili. Pertanto, l'estinzione della società per effetto della cancellazione dal registro delle imprese non rende nulla l'iscrizione a ruolo effettuata a nome della società medesima e per i tributi da essa dovuti, stante la definitività dell'accertamento nei confronti della medesima società estinta e la legittimità dell'Ufficio di azione il credito vantato nei confronti del socio accomandatario illimitatamente responsabile (fattispecie in tema di cartella di pagamento intestata ad una s.a.s. estinta e notificata presso la sua ex sede legale coincidente con l'indirizzo anagrafico del socio accomandatario).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 23 agosto 2022, n. 702 - Pres. e Rel. Caputo.

RISCOSSIONE - ingiunzione fiscale - visto di esecutività - necessità - esclusione.

La formazione del ruolo, con conseguente apposizione di visto di esecutività, si rende necessaria solo nell'ipotesi in cui l'Ente locale intenda procedere alla riscossione coattiva dei tributi avvalendosi degli Agenti della Riscossione (affidando, cioè, la riscossione ad un soggetto "esterno" alla struttura amministrativa). Al contrario, l'apposizione del visto di esecutività non è prevista nell'ipotesi in cui il Comune intenda procedere con la riscossione "diretta" attraverso le ingiunzioni fiscali ex R.D. 639/1910 dal 1998, in quanto tale ingiunzione costituisce essa stessa titolo esecutivo.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 24 agosto 2022, n. 707 - Pres. Cardino - Rel. D'Avanzo.

RISCOSSIONE - intimazione di pagamento - motivazione - cartella di pagamento prodromica - allegazione - obbligo - esclusione .

L'intimazione di pagamento non necessita di una particolare motivazione oltre all'indicazione della cartella di pagamento non pagata e precedentemente notificata; Inoltre, ad essa non va allegata la cartella

prodromica, essendo sufficiente indicare gli estremi della stessa, così come desumibile dal modello ministeriale sulla base del quale l'intimazione è emessa.

Corte di Giustizia Tributaria di I° grado di Genova, 4 ottobre 2022, n. 795 - Pres. e Rel. Fugacci.

TASSA AUTOMOBILISTICA - prescrizione triennale - fattispecie - art. 12 comma 1 d.lvo 2015, n. 159 - sospensione dei pagamenti ex art. 68 d.l. 2020, n. 18 - prescrizione - sospensione - spetta.

Le norme contenute nel decreto legge n. 18 del 2020 (l'art. 67, 4° comma) hanno reso applicabile alle entrate tributarie (quindi anche alla tassa automobilistica) l'art. 12, comma 1, del D.Lgs n. 159 del 2015 che stabilisce la sospensione della prescrizione per tutto il periodo in cui sono sospesi i versamenti dei tributi da parte dei contribuenti. E, quindi, siccome l'art. 68 del D.L. n. 18 del 2020 ha sospeso per i contribuenti il versamento dei tributi nel periodo che va dall'8 marzo 2020 al 31 agosto 2021 (541 giorni), allo stesso modo anche il corso della prescrizione della tassa automobilistica è stato sospeso per un periodo di 541 giorni, con la conseguenza che nel caso di specie la scadenza del termine di prescrizione, fissata in origine al 31 dicembre 2020, è allungata di 541 giorni oltre il 31 dicembre 2020, ed è quindi fissata al 24 giugno 2022, pertanto, la notifica della cartella effettuata in data 1/2/2022 risulta tempestiva.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 13 giugno 2022, n. 448 - Pres. e Rel. Picozzi.

TRIBUTI LOCALI - IMU - aree portuali - concessionari - cat. e/1 - esenzione - non spetta.

Ai fini IMU, dopo che la legislazione portuale ha aperto l'utilizzazione delle aree portuali e marittime ai privati concessionari delle strutture demaniali mediante autorizzazione di attività economica privata in area portuale in regime di libera concorrenza, i concessionari esercitano un'attività economica privata autorizzata e non un servizio pubblico, con la conseguenza che essi sono tenuti al versamento del tributo per le aree portuali da loro utilizzate ai detti fini, siano esse aperte o coperte. Ciò in quanto, anche in presenza di concessione, questa riguarda gli spazi demaniali, ma non le funzioni economiche ivi esercitate, che restano di esclusiva utilità privata, seppur soggette ad autorizzazione. La debenza del tributo è inoltre correlata al fatto che le aree scoperte e i magazzini utilizzati dalle società imprenditrici "terminaliste", concessionarie del suolo, per le attività di movimentazione, stoccaggio, deposito, imbarco e sbarco di merci non possono essere classificati nella categoria "E": gli immobili e le aree portuali funzionali alle attività economiche delle aziende operanti nel settore devono infatti essere classificate in categoria D/8 e D/1.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 4 agosto 2022, n. 241 - Pres. Sorrentino - Rel. Baldini.

TRIBUTI LOCALI - IMU - fabbricati rurali - "ruralità" - qualifica - catasto - categoria - A/6 o A/10 - necessità.

Ai fini IMU, il carattere "rurale" di un immobile si correla al dato oggettivo delle emergenze catastali, ossia al fatto che esso sia già iscritto al catasto dei fabbricati come "rurale", con l'attribuzione della relativa categoria A/6 o D/10. Pertanto, è soggetto a tributo l'immobile che non risulta accatastato in categoria A/6 (ma nella specie C/2) essendo a tal fine del tutto irrilevante la circostanza che ai fini urbanistici il fabbricato risulta destinato ad uso deposito-agricolo.

Documenti

*Il “diritto al silenzio” riconosciuto in sede comunitaria e i suoi effetti in materia tributaria nazionale, con particolare riferimento alla preclusione di una successiva produzione documentale.**

Antonio Lovisolo

Professore Associato di Diritto tributario e Sistemi fiscali comparati
Università di Genova

Sintesi.

Il presente studio prende lo spunto dalle sentenze della Corte di Giustizia (causa C-481/2019) e della Corte costituzionale (n. 84 del 2021) (emesse in materia non tributaria) che, in attuazione anche di fondamentali principi comunitari, riconoscono la esistenza del diritto al “silenzio”, quale espressione del “diritto di difesa” (art. 24 Cost.) con la conseguente illegittimità delle “sanzioni punitive” irrogate in conseguenza dell’esercizio di tale diritto. Nello scritto, si ribadisce la legittimità (anche ai fini tributari) del “diritto al silenzio”, ma solo se esercitato nella fase di “controllo” da parte delle P.A. e non in quelle di “accertamento” (per la quale valgono regole e principi di “collaborazione”), e si individuano talune possibili ricadute fiscali dell’esercizio di tale diritto, con particolare riferimento alla sua non compatibilità con la “preclusione”, prevista dall’art. 32, penultimo comma d.p.r. n. 600 del 1973 (e art. 52 d.p.r. n. 633 del 1972) individuando le modalità di tale esercizio e le ragioni (e i limiti) di tale incompatibilità.

Sommario: 1. *Premessa: il “diritto al silenzio” e il suo fondamento “comunitario”. Le recenti ordinanze della Suprema Corte e della Corte costituzionale intervenute in materia e il “rinvio pregiudiziale” alla Corte di giustizia.* - 2. *La sentenza della Corte di giustizia (causa C-481/2019) e la successiva sentenza della Consulta (n. 84 del 2021).* - 3. *“Diritto al silenzio” (art. 24 Cost.) ed obbligo contributivo (art. 53 Cost.). Sulla configurabilità del diritto al silenzio esercitato a seguito di “controllo” della P.A.* - 4. *Le sentenze della Corte di giustizia e della Corte costituzionale e la previsione dell’art. 32, penultimo comma, d.p.r. n. 600 del 1973.* - 5. *“Diritto al silenzio” e “preclusione” successiva: una prima considerazione.* - 6. *Sulla illegittimità della “preclusione”, sotto altro profilo.* - 7. *Sulle modalità di esercizio del “diritto al silenzio”, tenuto conto del necessario “bilanciamento” con il diritto della P.A. all’ottimale esercizio della propria attività “di controllo”.* - 8. *Considerazioni critiche circa una concreta applicazione ai fini tributari del “diritto al silenzio”, emergente da una recente sentenza della Suprema Corte.*

1. Premessa: il “diritto al silenzio” e il suo fondamento “comunitario”. Le recenti ordinanze della Suprema Corte e della Corte costituzionale intervenute in materia e il “rinvio pregiudiziale” alla Corte di giustizia.

È noto il “brocardo” “*nemo tenetur se detegere*”, cioè (“letteralmente”) “nessuno è obbligato a scoprirsi” e “*de traslato*”, “nessuno è obbligato ad ammettere o riconoscere fatti e circostanze a sé stesso sfavorevoli”.

Tale brocardo sancisce il “diritto al silenzio”. Ciò non significa tuttavia “diritto a mentire”, cioè a dire “il falso” (comportamento “commissivo”) ma solo “a tacere”, evitando di riconoscere elementi e circostanze aventi effetti sfavorevoli (condotta “omissiva”).

Tale “brocardo” riflette una “*regula juris*”, recentemente ribadita dalla Corte di giustizia (1) e dalla Corte costituzionale (2), in sentenze emesse in una materia diversa da quella tributaria, afferente le sanzioni irrogate da CONSOB ad una persona fisica, a fronte del suo comportamento “*dilatorio*” e successivamente del suo “rifiuto di rispondere” alle domande formulate da funzionari CONSOB, nel corso di una audizione alla quale tale persona era stata convocata per chiarimenti, in ordine alla sua (contestata) condotta di “abuso” di “informazioni privilegiate”. In relazione a tale “rifiuto”, CONSOB aveva irrogato una onerosa sanzione di carattere amministrativo (ex art. 187-*quinquiesdecies* t.u. n. 58 del 1998 (c.d. t.u.f.: t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria).

La legittima irrogazione di tale sanzione da parte di CONSOB era stata confermata dalla Corte di Appello competente e la sua sentenza era stata impugnata nanti la Suprema Corte.

La Cassazione (3), al fine di decidere, ha ritenuto necessario sottoporre alla Corte costituzionale due questioni di legittimità (relative rispettivamente all’art. 187-*sexies* e all’art. 187-*quinquiesdecies* cit.), fra le quali quella (che interessa il presente scritto) afferente l’applicabilità di una sanzione, correlata all’esercizio del diritto al “silenzio” e alla “non collaborazione”, da parte del soggetto inquisito (art. 187-*quinquiesdecies*).

Tale questione di costituzionalità è stata sollevata nanti la Corte, con riferimento agli artt. 24, 111, 117, 1° comma e 11 Cost., tenuto conto della previsione degli artt. 6 CEDU; art. 14, 3° comma, lett. g) del “Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici” (4); art. 47 CDF “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea” (c.d. “Carta di Nizza”).

In particolare, (come si legge nella ordinanza di rinvio della Suprema Corte) (5) il diritto al “silenzio” si colloca “al cuore della nozione di equo processo” (art. 6 CEDU). Principio poi ribadito dall’art. 47, par. 2 Carta di Nizza e dall’art. 14, par. 3, lett. g) cit. di tale “Patto internazionale” (legge n. 481 del 1997) che riconosce espressamente il diritto dell’“imputato” a “non essere costretto a deporre contro sé stesso e a confessarsi colpevole”.

A sua volta, la Corte costituzionale (6), nella propria ordinanza (di “rinvio pregiudiziale”) ribadisce (par. 7.1) innanzitutto che il “diritto al silenzio” dell’imputato costituisce un “corollario essenziale della inviolabilità del diritto di difesa”, tutelato dall’art. 24 Cost.

Inoltre - considerata la ricordata origine comunitaria dell’art. 187-*quinquiesdecies* cit. (7), - il giudice delle leggi, in tale ordinanza, ha ritenuto (par. 9) che una eventuale dichiarazione di sua incostituzionalità avrebbe potuto porsi in contrasto con il diritto dell’Unione, le cui previsioni normative assumono rilevanza diretta nel nostro ordinamento, ai sensi dell’art. 11 e 117 Cost. (8). Da qui il “rinvio pregiudiziale” alla Corte di giustizia.

2. La sentenza (causa C-481/19) della Corte di giustizia e la successiva sentenza della Consulta (n. 84 del 2021).

Così ricostruito (solo per i “sommi capi”) rilevanti ai fini di che trattasi il complesso iter processuale, in forza del quale si è pervenuti alla indicata sentenza della Corte di Giustizia, si osserva

* Articolo pubblicato su Dir. prat. trib., 2022, I, fsc. 2.

che, quest'ultima (nella sua "dichiarazione finale"), conclude essere consentito agli Stati Membri di "non sanzionare una persona fisica la quale nell'ambito di una indagine svolta nei suoi confronti (...) si rifiuta di fornire (...) risposte che possono far emergere una sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni...".

In tal modo, la Corte di giustizia riconosce la configurabilità del diritto al "silenzio" di chi, a seguito di una indagine amministrativa esperita nei propri confronti, potrebbe ammettere circostanze sfavorevoli, aventi nei propri confronti effetti rilevanti, sul piano personale ed economico.

In particolare, la Corte di giustizia esclude che, in relazione all'esercizio di tale diritto al "silenzio", possano essere applicate "sanzioni punitive" (amministrative o penali) di "particolare gravità" (cfr. sentenza par. 43-45).

In esito alla indicata ordinanza della Corte di giustizia, la Corte costituzionale (9), dopo aver ribadito (par. 3.2) la riconducibilità del "diritto al silenzio" al "diritto di difesa" (art. 24 Cost.), richiamati i ricordati principi comunitari ed internazionali (art. 6 CEDU e art. 47 e 48 cit.) ha ritenuto che "sia incompatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare" una persona fisica che tale diritto aveva esercitato (così cfr. sent. 84, par. 3).

Da qui la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* del D.lgs. n. 58 del 1998 ("Disposizione in materia di intermediazione finanziaria") nel punto in cui prevede "sanzioni amministrative di carattere punitivo" nei confronti di una persona fisica che si sia rifiutata di "collaborare" con la CONSOB ("non fornendo risposte che possono fare emergere una sua responsabilità").

Dal contenuto di tale sentenza, si riscontra che (al destinatario di una "indagine" o di una "pretesa") è riconosciuto il "diritto al silenzio" (cioè a "tacere"), al fine di evitare la diretta applicazione di una sanzione (a prescindere se penale o amministrativa) "che presenti un elevato grado di severità" (10), avente cioè (come dice la Corte costituzionale), "carattere punitivo".

3. "Diritto al silenzio" (art. 24 Cost.) ed obbligo contributivo (art. 53 Cost.). Sulla configurabilità del diritto al silenzio se esercitato a seguito di una azione di controllo della P.A.

La circostanza che il "diritto al silenzio" rappresenti, come riconosciuto sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte di Cassazione, espressione del "diritto di difesa" (art. 24 Cost.) colloca il suo esercizio su un "piano paritario" con l'altrettanto fondamentale principio dell'"obbligo contributivo", previsto dall'art. 53 Cost.: è pacifico che, nell'ambito dei principi costituzionali, non esistono principi di valenza superiore rispetto ad altri.

A mio avviso, da tale necessaria "coesistenza", discende che la tutela (da parte della P.A.) della osservanza di tale obbligo contributivo (art. 53) deve comunque seguire le regole ("formali" e "sostanziali") che consentono al contribuente (chiamato alla contribuzione) di esercitare il proprio "diritto di difesa" (di analogo "durezza costituzionale") (art. 24).

Quindi, a mio avviso, l'esercizio da parte del contribuente del diritto al silenzio, quale espressione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) è del tutto compatibile con il proprio obbligo contributivo (art. 53 Cost.).

In questa prospettiva, di necessaria coesistenza fra "diritto di difesa" ed "obbligo contributivo", ritengo che la valutazione della legittimità dell'esercizio del diritto al silenzio debba essere "contestualizzata" in relazione al momento di suo esercizio e all'ambito del procedimento in cui tale diritto è attivato.

Le sentenze sia della Corte di Giustizia che della Corte costituzionale che lo hanno riconosciuto individuano la legittimità di tale esercizio, da parte di chi, in tal modo, cerca di evitare la applicazione di "sanzioni" (penali o amministrative) o comunque di "effetti sfavorevoli" nei propri confronti.

Tali pronunce si muovono in conformità ai principi normativi a tal proposito invocati, dai quali si desume che, il riconoscimento del diritto al silenzio del contribuente è correlato ad una "azione di controllo", svolta nei suoi confronti da parte della Pubblica Amministrazione.

A tal fine, basti ricordare i provvedimenti normativi in relazione ai quali sia la Corte di giustizia che la Corte costituzionale riconducono l'esistenza del diritto al silenzio. L'art. 14, lett. g), del "Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici" riconosce (nei confronti di chi "è accusato di un reato...") il diritto di non essere costretto a deporre contro sé stesso e a confessarsi colpevole".

Analogamente, ai sensi dell'art. 6 CEDU, il diritto al silenzio è riconosciuto, quale elemento caratterizzante l'"equo processo", attenendo cioè il suo esercizio ad una "fase processuale" che, normalmente è attivata a seguito di una azione di "controllo", subita da chi tale diritto ha esercitato.

In altre parole, la circostanza che il diritto al silenzio sia riconosciuto, quale espressione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e quale elemento caratterizzante l'equo processo (art. 6 CEDU) e i diritti dell'"imputato" (art. 14, lett. g), del Patto internazionale...), consente, a mio avviso, di concludere che il suo esercizio presuppone la esistenza di una fase di "controllo" se non (addirittura) di "contestazione" nella quale è esercitato tale diritto di difesa o in esito alla quale si attiva un eventuale "processo" che deve essere "equo".

A mio avviso, si può pertanto concludere che, il "diritto al silenzio" è legittimamente esercitato dal contribuente, solo nell'ambito della fase (*lato sensu*) di "controllo", attivata nei suoi confronti dalla Pubblica Amministrazione.

Invece, a mio avviso non si configura un legittimo esercizio di tale diritto, nella fase di "accertamento", cioè nella fase che potremmo definire "partecipativa" (11) durante la quale ha "minor senso" configurare l'esercizio del "diritto di difesa" ("in senso stretto e specifico") e nella quale invece la legge impone generalizzati obblighi di "collaborazione", in relazione ai quali generalmente si esclude la legittima configurazione di situazioni di "contrapposizione" (nelle quali si debba esercitare il "diritto di difesa") che, invece sono proprie della fase amministrativa di "controllo" e nella successiva "fase processuale" eventualmente conseguente a tale "controllo" da parte dell'Amministrazione.

Si assiste, in definitiva, ad un "intreccio di situazioni", spesso di "valore e segno contrario" che, tuttavia avallano il riconoscimento del legittimo esercizio del diritto al "silenzio", solo da parte di chi (*lato sensu*) subisce un "controllo" da parte della Pubblica Amministrazione e non nella fase di "accertamento", normalmente antecedente a tale fase di "controllo", per la quale viceversa valgono invece, oramai generalizzati, obblighi di "collaborazione". Mi rendo conto che può non essere (sempre) agevole distinguere, in concreto, se il momento e le circostanze in relazione alle quali è esercitato il diritto al silenzio attengano ad una fase di "controllo" (nella quale il "silenzio" è efficacemente formulato) piuttosto che, di "accertamento" (di "inefficace" esercizio del diritto medesimo).

Nel tentativo di pervenire, per quanto possibile, ad una "demarcazione" fra "fase di accertamento" e "fase di controllo", a mio avviso (come *retro* ho già indicato), può essere "consono" individuare la "fase di controllo", in relazione all'esercizio da parte della P.A. di azioni di "verifica" e "riscontro" della regolarità del comportamento mantenuto (o eventualmente non mantenuto) dal contribuente nella precedente fase (di accertamento) nella quale egli era chiamato all'adempimento degli obblighi collaborativi e partecipativi previsti dalla legge.

In questa prospettiva (come detto) nella fase di "accertamento", il contribuente "inutilmente" potrebbe invocare il proprio "diritto

al silenzio”, al fine di scongiurare l’applicazione delle “sanzioni” irrogabili nei suoi confronti per violazione dei suoi obblighi di collaborazione e “partecipativi”, previsti dalla legge.

Al contrario, il contribuente nella fase di “controllo” può legittimamente invocare il proprio “diritto al silenzio” (esercitandolo secondo le modalità infra sub. 7 illustrate), evitando di addurre elementi e circostanze che potrebbero rivelarsi utili per la P.A., al fine della ricostruzione della sua situazione reddituale conseguente alla violazione di tale obbligo collaborativo.

Di fronte alle “contestazioni” afferenti alla violazione dei propri obblighi collaborativi, il contribuente assume (sostanzialmente) la qualità di “soggetto inquisito” (se non, talora, di “imputato”). Per l’effetto gli è consentito esercitare il proprio “diritto di difesa” (art. 24 Cost.) e il proprio diritto ad un “equo processo” (art. 6 CEDU) cioè (anche) al fine di “disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa” (come prevede l’art. 6, 3° comma, lett. b), CEDU. In definitiva, in relazione a tali “contestazioni” ed in esito al “controllo” subito, è consentito al contribuente esercitare il proprio “diritto al silenzio” (quantomeno) al fine di “organizzare al meglio” la propria difesa, individuando in tale contesto (anche) quali “elementi e circostanze” addurre alle richieste della P.A. ed “in quale momento” addurli.

Infine osservo che, si collocano in un “ambito concettuale” del tutto diverso rispetto a quello cui è riconducibile l’esercizio del “diritto al silenzio”, tutte le circostanze nelle quali nei confronti del contribuente si configuri un “onere di contestazione” rispetto agli elementi (anche presuntivi) dedotti nei suoi confronti dalla P.A.

In tali casi (come avviene ad esempio per quanto attiene le presunzioni bancarie ex art. 32, n. 2, d.p.r. n. 600 del 1973) il contribuente che ritenesse di non contestare tali risultanze, “in realtà”, in alcun modo, potrebbe invocare il proprio “diritto al silenzio”. Quest’ultimo si configura quale modalità di esercizio del “diritto di difesa” del contribuente; al contrario, tale “mancata contestazione” ben difficilmente assumerà rilevanza quale espressione del “diritto di difesa” del contribuente, configurandosi piuttosto quale suo comportamento, da cui desumere la fondatezza di quanto dedotto dalla P.A. nei suoi confronti (e ciò eventualmente anche in applicazione dell’art. 115 c.p.c.).

4. Le sentenze della Corte di giustizia e della Corte costituzionale e la previsione dell’art. 32, penultimo comma, d.p.r. n. 600 del 1973.

Ciò premesso, a mio avviso, fra le possibili “ricadute” in materia tributaria del diritto a mantenere la sopra individuata condotta omissiva (“silenzio”) (12), occorre soffermarsi particolarmente sui possibili effetti di tale (così riconosciuto) diritto, in relazione alla previsione dell’art. 32, penultimo comma, d.p.r. n. 600 del 1973 che, (come è noto), così dispone: “Le notizie e i dati non adottati e gli atti, i documenti, i libri e i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell’ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell’accertamento in sede amministrativa e contenziosa. Di ciò l’ufficio deve informare il contribuente contestualmente alla richiesta”. In tal senso si veda (seppure con diversa espressione letterale) l’art. 52, d.p.r. n. 633 del 1972.

In generale, la applicazione di tale preclusione è invocata dalla Amministrazione Finanziaria, soprattutto con riferimento alla produzione in giudizio da parte del contribuente di documentazione “nuova”, cioè “non esibita” o “non trasmessa” nella precedente fase di “controllo” amministrativo, nonostante le richieste a tal fine ivi formulate dall’Agenzia delle entrate.

La Suprema Corte, tenuto conto della previsione dell’art. 32 cit., tende a riconoscere che la ivi prevista preclusione alla produzione in giudizio di tali documenti “nuovi” (cioè non prece-

dentemente prodotti nella fase amministrativa) trovi applicazione alle seguenti condizioni (13):

a) necessità di una previa e *specificata richiesta* (“invito”) della Agenzia a fornire documentazione afferente fatti, circostanze ed elementi specifici.

A tal fine, non genera alcuna preclusione alla successiva produzione documentale, la previa formalizzazione di “richiesta”, afferente “genericamente” una (seppur individuata) *operazione nel suo complesso* o relativa a *profili diversi da quelli poi contestati*; b) secondo la Suprema Corte, ulteriore limite alla successiva produzione in giudizio è rinvenibile nella necessità che la previa richiesta formulata dalla P.A. rechi espressamente l’“avvertimento” (“informazione”) che la mancata esibizione in sede di istruttoria amministrativa dei documenti ivi richiesti ne *preclude* la loro successiva produzione in giudizio.

A questo punto v’è da *domandarsi*:

se il fatto che, il contribuente, esercitando il proprio diritto al silenzio, non abbia presentato i *documenti* e gli *elementi* specificamente richiesti dall’Amministrazione, esclude l’applicabilità della preclusione di che trattasi?

5. “Diritto al silenzio” e “preclusione” successiva: una prima considerazione.

Tenuto conto del contenuto della ordinanza della Corte costituzionale (n. 117 del 2019), della sua successiva sentenza (n. 84 del 2021) e della sentenza della Corte di giustizia (C-482/19), e alla luce di quanto precede, v’è da porsi innanzitutto il problema della “compatibilità ontologica” fra la *preclusione*, prevista dall’art. 32 cit. - che, (quale conseguenza della mancata tempestiva collaborazione con l’Amministrazione esclude la “utilizzabilità” di tale documentazione in una successiva fase “amministrativa” o “contenziosa”) - e l’avvenuto esercizio del diritto a “tacere”.

Salvi gli approfondimenti infra svolti, già “*prima facie*” a mio avviso, tale *preclusione* si qualifica come “evento”, successivo ed eventuale, che, “vanifica” il “diritto al silenzio” precedentemente esercitato (seppure necessariamente alle condizioni e con i limiti di cui al par. 7 che segue).

Non avrebbe senso riconoscere il “diritto al silenzio”, per poi all’esercizio di tale diritto - riconosciuto fondamentale (anche) sotto il profilo del “diritto alla difesa” (art. 24 Cost.) - riconnettere conseguenze negative (“preclusioni”).

Nell’esercizio del proprio “diritto di difesa” (a mio avviso), il contribuente può liberamente ritenere di esercitare il proprio “diritto al silenzio”, anche al fine di non fare acquisire elementi ritenuti, *in quel momento “forieri”* di possibili effetti a lui sfavorevoli. Evidentemente, la configurabilità della *preclusione* alla successiva produzione in giudizio di tali elementi o documentazione, contraddice e “svuota” (o “riduce”) di contenuto l’esercizio di tale “diritto di difesa”.

In altre parole, (così come riconosciuto sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte di Giustizia nelle proprie sentenze), configurandosi il “diritto al silenzio”, quale espressione del “diritto di difesa” (art. 24 Cost.), il contribuente, in funzione della ottimale “organizzazione della propria difesa” (14) può ben ritenere di dover “posporre” la produzione di taluni “elementi documentali” ad un momento successivo alla fase amministrativa, affidandoli cioè al solo (successivo) riscontro del Giudice, nella fase giudiziale.

Pertanto (a mio avviso), (beninteso con tutte le cautele e le considerazioni che svolgeremo, *infra sub 7*) - già sotto questo profilo - la *preclusione* prevista dall’art. 32 cit. appare (per così dire “*ontologicamente*”) inconciliabile con l’avvenuto esercizio del “diritto al silenzio”.

Né in senso contrario, potrebbe invocarsi la circostanza che l’art. 32 penultimo comma cit. esclude la applicazione della indicata

“causa di non utilizzabilità” (preclusione) ove i documenti ed elementi precedentemente richiesti siano poi allegati al ricorso introduttivo, dichiarandosi contestualmente che la loro tempestiva mancata produzione è dipesa da “causa non imputabile” al contribuente.

Tale norma, in realtà, tende a ridurre le ipotesi di configurabilità della nota “preclusione” (escludendola ove la mancata tempestiva produzione di documenti/elementi richiesti dipenda da “causa non imputabile” al contribuente).

Tuttavia tale previsione nulla ha a che vedere con l’esercizio del “diritto al silenzio”, lasciando comunque sussistere la configurabilità della indicata “preclusione”, quale “effetto” o “sanzione indiretta” del diritto al “silenzio”, con le conseguenze fin qui illustrate.

6. Sulla illegittimità della “preclusione”, sotto altro profilo.

Quanto precede evidenzia che la “mancata collaborazione”, in relazione ad inviti dell’Amministrazione, può essere motivata da una libera scelta del contribuente, che, esercitando il diritto alla propria difesa (15), ritiene preferibile “non attivarsi” immediatamente di fronte alle richieste istruttorie dell’Amministrazione, formulate in sede di “controllo” per poi procedere in tal senso, solo dopo che quest’ultima avrà emesso il proprio atto di imposizione.

Ciò premesso, si consideri che, la *preclusione* che si viene a configurare (*ex art. 32, cit.*), in relazione alla successiva *produzione/esibizione* di documenti ed elementi precedentemente richiesti, si qualifica alla stregua di una “sanzione indiretta” (o “impropria”) rispetto all’esercizio da parte del contribuente del diritto a “non collaborare” (16).

Al riguardo, si rileva che la ricordata sentenza della Corte di Giustizia formula una lata interpretazione del concetto di “sanzione punitiva”, facendo riferimento (par. 43) a sanzioni che perseguono una “finalità repressiva” e presentano “un elevato grado di severità”.

Parimenti, sempre la Corte di giustizia (par. 44), ribadisce “la necessità di rispettare il diritto al silenzio nell’ambito di un procedimento di indagine” anche allorquando “gli elementi di prova ottenuti nell’ambito di tale procedura” sarebbero utilizzabili in successivi procedimenti a carico del contribuente con effetti negativi nei suoi confronti in relazione (par. 42) “a procedure di accertamento di illecito amministrativo” (17).

Da ciò discende (a mio sommo avviso) la “incompatibilità” fra il “diritto a tacere”, con qualsiasi sanzione anche “impropria”, ricollegata all’esercizio di tale diritto fondamentale.

Da qui un ulteriore profilo di “incompatibilità” fra esercizio del “diritto al silenzio” e applicazione della “preclusione” di cui all’art. 32 cit., quale “sanzione impropria”, ricollegata a tale “silenzio”.

Invero dalla lettura della sentenza della Corte costituzionale, non si rinvengono, al riguardo particolari espressioni “aperture” che avallino la esposta “incompatibilità” fra “diritto al silenzio” e applicazione della successiva “sanzione impropria”, rappresentata dalla indicata preclusione.

La Corte costituzionale, si limita a ribadire che, in relazione all’esercizio del “diritto al silenzio”, non possono essere irrogate “sanzioni di natura punitiva secondo i criteri Engel” (18) e cioè sanzioni che, a prescindere dalla intrinseca propria natura, abbiano una funzione deterrente, applicazione generale ed impatto significativo.

Tuttavia, tale riferimento (a mio avviso) appare rilevante, al fine di ribadire il divieto di applicazione all’esercizio del diritto al silenzio di qualsiasi “deterrente conseguenza”, con “impatto” economico significativo.

In particolare, la sentenza (n. 84 del 2021) della Corte costituzionale richiama i par. 55 e 57 della sentenza (C-481/19) della Corte di Giustizia laddove si fa riferimento alla illegittimità della irrogazione di “sanzioni amministrative” nonché alla configurazione di una “responsabilità penale” correlata all’avvenuto esercizio del diritto al silenzio. D’altronde, le sentenze della Corte EDU (dalla sentenza *Engel* (19) alla sentenza *Grande-Stevens* (20)) hanno ribadito la necessità di formulare una interpretazione “sostanzialistica” della natura della sanzione irrogabile, valutandone soprattutto la intrinseca “*immediabile severità*” da raffrontarsi anche in relazione alle relative conseguenze patrimoniali.

Pertanto, così come (in quei casi) sono state considerate (sostanzialmente) di “carattere penale” sanzioni, di elevato contenuto “punitivo”, che, in realtà (formalmente) erano “disciplinari” (caso *Engel*) o “amministrative” (*Grande-Stevens*), così analogamente, ritengo che, per le stesse ragioni di sua intrinseca “gravità”, la “sanzione impropria” rappresentata dalla indicata “preclusione”, si possa qualificare alla stregua di una “reazione” dell’ordinamento da considerarsi illegittima ogni qualvolta si configuri quale conseguenza *diretta* all’avvenuto esercizio del diritto fondamentale al “silenzio”, così come abbiamo visto essere riconosciuto dai citati Principi comunitari e dell’art. 24 Cost.

Comunque, a prescindere dalla fin qui sollevata ricaduta che l’esercizio del diritto al silenzio ha in relazione all’applicazione della “sanzione impropria” o “indiretta”, rappresentata dall’indicata preclusione, è certo che, la riconosciuta legittimità dell’esercizio del diritto al silenzio eviterà l’applicazione della “sanzione propria” (anche se di importo non elevato e “non particolarmente punitiva”) di cui all’art. 11 D.lgs. n. 471 del 1997 concernente la omessa collaborazione (sotto diversi profili) del contribuente di fronte alle richieste istruttorie dell’Amministrazione (21-22).

7. Sulle modalità di esercizio del “diritto al silenzio”, tenuto conto del necessario “bilanciamento” con il diritto delle P.A. all’ottimale esercizio della propria attività di controllo.

Ciò premesso, ritengo che, al fine di pervenire alla valutazione dell’ambito applicativo della previsione di cui all’art. 32, d.p.r. 600/73, occorre procedere ad un “bilanciamento” fra “diritto al silenzio”, quale espressione del diritto del contribuente “alla propria difesa”, e diritto della P.A. “ad organizzare ed esercitare nel miglior modo e compiutamente la propria attività di controllo”.

Ed infatti, l’esercizio di tale diritto della P.A. potrebbe essere messo in pericolo dalla mancata, tempestiva disponibilità dei documenti ed elementi richiesti (in esito cioè agli inviti formulati), ma tuttavia resi disponibili successivamente nella fase contenziosa di impugnazione dell’avviso di accertamento medio tempore emesso.

Non per nulla, la Corte costituzionale, nella propria sentenza n. 84 del 2021, ribadisce che tale “diritto al silenzio non giustifica comportamenti ostruzionistici” o “manovre dilatorie”.

In tal caso, infatti, (a mio avviso) si potrebbe essere in presenza, non del suo legittimo esercizio, ma dell’“abuso”, del diritto al silenzio.

Si consideri che, l’art. 32 cit. (inserito nell’impianto del d.p.r. n. 600 del 1973 con l. n. 28 del 1999) appare (oramai) giustificabile al solo fine di *agevolare* la P.A. nella fase istruttoria e di controllo, tenuto conto degli ampi poteri istruttori, di indagine, raccolta di documenti e di controllo di qualsiasi genere (anche “incrociati”) esperibili da parte dell’Amministrazione che (oramai) ha tutti i poteri per reperire qualsivoglia “libro, registro, atto o documento” del contribuente, a prescindere dalla sua collaborazione.

Al fine di tale necessario “bilanciamento”, da un lato, occorre

collocare il fondamentale diritto del contribuente al “silenzio”; dall’altro, occorre tener conto che l’Amministrazione è oramai pienamente in grado di ovviare a tale “silenzio”, essendo in grado di reperire direttamente e comunque, atti e documenti, o comunque “ovviare” alla mancata collaborazione del contribuente.

In definitiva, a mio avviso, l’applicazione della preclusione di cui all’art. 32, penultimo comma cit. (e dell’art. 52 d.p.r. n. 633 del 1972) appare innanzitutto condizionata dalla esistenza degli elementi, ribaditi anche dalle ricordate pronunce della Suprema Corte e cioè (23):

- a) necessaria *specificità* della richiesta formulata dalla P.A.;
- b) specifico *avvertimento*, della loro inammissibilità successiva per il caso di mancata tempestiva produzione dei documenti richiesti;
- c) inoltre al riguardo, mi sembra che, l’avvenuto esercizio del diritto al silenzio imponga di ritenere che tale *preclusione non operi solo allorché* il contribuente, “*sin dall’inizio*”, e cioè in esito “*immediato*” alla richiesta di esibizione e trasmissione documentale ricevuta nella fase di “controllo”, abbia manifestato la volontà di avvalersi del proprio diritto al “silenzio”.

In tal modo, infatti la P.A. è “*sin da subito*” messa in grado di “organizzare” ed “esercitare” i propri rilevanti ed incisivi poteri di indagine e ricerca al fine di organizzare, al meglio, la propria attività di controllo e riscontro.

In tal modo, fra l’altro, si evita il “giocchetto” di chi, non producendo immediatamente (in sede istruttoria-amministrativa di controllo) la specifica documentazione ivi richiesta, finirebbe per non consentire alla Amministrazione di formulare una (più) “*avveduta e completa*” pretesa impositiva, censurando, poi, l’atto impositivo (medio tempore emesso), attraverso la successiva produzione (solo in giudizio) di documenti.

Invero tale comportamento del contribuente potrebbe configurarsi come “ostruzionistico” o quale “*manovra dilatoria*” (24) che in realtà si traducono (come detto) in un “abuso” del diritto al silenzio, come abbiamo visto essere riconosciuto dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale.

Il necessario “*bilanciamento*” fra “*diritto di difesa*” del contribuente e “*diritto ad una efficace azione amministrativa di controllo*” (della P.A.) comporta, a mio avviso, che la P.A. “*sin da subito*” (cioè quale esito immediato della propria richiesta formulata) debba avere conoscenza della mancata collaborazione del contribuente (attraverso il contestuale legittimo esercizio del proprio diritto al “silenzio”) onde consentirle (come detto) di organizzare ed esercitare al meglio i propri poteri di indagine e controllo.

In conclusione, (a mio avviso) la *preclusione* alla produzione/utilizzazione in una successiva “fase amministrativa e contenziosa” (art. 32 cit.) della documentazione, quale conseguenza ed effetto dell’esercizio del diritto al “silenzio”, esercitato dal contribuente, in esito alle richieste di esibizione/trasmmissione richiesta, *non trova* “ontologica” *applicazione ove*:

- a) l’invito a produrre non abbia individuato tale documentazione cioè non sia stato *specifico* (come riconosciuto dalla ricordata Giurisprudenza della Suprema Corte);
- b) non sia stato formulato un “avvertimento” circa, la futura non “utilizzabilità/ricevibilità” della documentazione non prodotta (sempre come riconosciuto dalla ricordata Giurisprudenza della Suprema Corte);
- c) il contribuente (*già*) all’atto di ricezione di tale richiesta, abbia “immediatamente” (in esito alla stessa) dichiarato di voler esercitare in proposito il proprio “diritto al silenzio”, come riconosciuto dai ricordati principi comunitari.

A tal fine una dichiarazione (solo) “*tardiva*” (nel senso sopra

indicato), non consentirebbe il necessario “bilanciamento” fra i sopra individuati interessi contrapposti e quindi a mio avviso non varrebbe comunque a impedire la operatività della “preclusione” prevista dall’art. 32 cit., traducendosi in una non consentita “manovra dilatoria” od “ostruzionistica”, censurata dalla stessa Corte costituzionale (sentenza n. 84 del 2021).

8. Considerazioni critiche circa una concreta applicazione ai fini tributari del diritto al silenzio, emergente da una recente sentenza della Suprema Corte.

I profili afferenti il legittimo esercizio del “diritto al silenzio” hanno trovato concreta applicazione ai fini tributari in una recente sentenza della Suprema Corte (25).

Tale sentenza, pur dopo aver escluso che “*la giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea riguardi direttamente la materia dell’imposizione tributaria in senso stretto*” riconosce tuttavia che i principi comunitari (art. 6 CEDU e art. 47-48 Carta dei diritti fondamentali) trovino applicazione in relazione alla “*sanzionabilità diretta del rifiuto di rispondere ossia nel caso in cui il diritto interno degli Stati aderenti [membri prevedono una sanzione punitiva nei confronti del titolare del diritto di tacere]*”. In particolare, la Corte di Cassazione evidenzia che la Giurisprudenza della Corte di giustizia (ivi compresa la sentenza sopra individuata) attengono a sanzioni irrogate direttamente “*alla persona fisica autrice della violazione intercorsa*”.

Pertanto, tale pronuncia esclude che l’esercizio del “diritto al silenzio” da parte dell’amministratore abbia effetto con riferimento “*all’imponibile fiscale...e a sanzioni direttamente applicate*” alla società (di capitali) così rappresentata (26).

A mio avviso, è certamente apprezzabile che, la Suprema Corte ribadisca l’esistenza del diritto al silenzio con effetti anche nella materia tributaria a detrimento della applicazione delle sanzioni punitive nei confronti di chi abbia esercitato tale “diritto”.

Tutt’ora anche a mio avviso, non appare condivisibile (l’indicato) *profilo soggettivo* correlato all’esercizio di tale diritto.

In generale – e cioè al di là del caso specifico – se una persona fisica esercita il proprio “diritto al silenzio”, in qualità di amministratore di una società” e con riferimento agli eventi fiscali di quest’ultima, a mio avviso non appare legittimo concludere per l’inefficacia di tale “silenzio” (mantenuto quale Amministratore) al fine della non applicazione delle “sanzioni” irrogabili nei confronti della Società da lui rappresentata (27).

Conclusione, poi, che assume particolare e concreta rilevanza, se si tiene conto dei sopra illustrati effetti concernenti la applicabilità (o meno) della “preclusione” (di cui all’art. 32 cit.) nei confronti della Società.

La ricordata sentenza della Suprema Corte mi sembra invece condivisibile laddove *esclude* che la persona fisica, prima di rendere qualsivoglia dichiarazione, nel corso di un accesso ispettivo presso la sede della società, da lui rappresentata, dovesse “*ricevere avviso che poteva rifiutarsi di rispondere alle domande fattegli*”, in conformità al proprio “diritto al silenzio”.

In realtà, in assenza di qualsivoglia previsione normativa in tal senso (28), la consapevolezza della esistenza del proprio “diritto al silenzio” appare “affidata” a ciascun operatore economico.

Semmai, appare censurabile la circostanza che la necessaria conoscenza ed esercizio di tale diritto riguardi attività istruttorie-amministrative per le quali non è previsto alcun obbligo di “*assistenza tecnica*”.

Al riguardo è auspicabile che, anche in materia tributaria alla stregua di quanto avviene nel processo penale, si pervenga al riguardo alla previsione di un “*consenso informato*”.

Pertanto tenuto conto dei ricordati (e risalenti) fondamentali principi comunitari, appare criticabile la circostanza che non

esista alcuna previsione normativa che preveda e regoli l'esercizio del "diritto al silenzio", e che si ponga il problema delle modalità del suo esercizio (cfr. *retro sub 7*).

Sotto questo profilo, il nostro ordinamento positivo dimostra una pervicace carenza (se non "a recepire"), quanto meno "a definire" compiutamente fondamentali regole (29) – che si pongono "a cavallo" fra l'attività istruttoria amministrativa e quella contenziosa – non disciplinando (compiutamente) il diritto all'"essere ascoltati" (30) e non prevedendo espressamente le modalità di esercizio del diritto al "silenzio".

Note.

(1) Corte di giustizia UE, Grande sez., 2 febbraio 2021, causa C-481/19, emessa, come vedremo, su "rinvio pregiudiziale" della Corte costituzionale.

(2) Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84.

(3) Cass., ord. 16 febbraio 2018 n. 54.

(4) Concluso a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con l. 25 ottobre 1997, n. 889.

(5) Ed è ribadito al par. 38 della sentenza della Corte di giustizia.

(6) Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117.

(7) In quanto (come si legge anche al par. 23 della sentenza della Corte di giustizia) norma introdotta nell'ordinamento giuridico italiano in esecuzione di un obbligo specifico imposto dall'art. 14, par. 3, direttiva n. 2003/6 e successivamente dal Regolamento Comunitario n. 596/2014 (art. 30, par. 1, lett. b).

(8) Con particolare riferimento all'art. 30, par. 1, lett. b), reg. UE n. 596/2014 che prevede la possibilità per gli Stati membri di adottare "le sanzioni amministrative e altre misure amministrative" in relazione alla (lett. b) "omessa collaborazione o al mancato seguito dato nell'ambito di un'indagine, un'ispezione o una richiesta".

(9) Corte cost., 30 aprile 2021 n. 84.

(10) Così la Corte di giustizia, par. 43-44.

(11) Quale (ad esempio) la partecipazione del contribuente alla fase di presentazione della dichiarazione o a quella di effettuazione delle ritenute alla fonte e del rilascio della certificazione del sostituto d'imposta.

(12) Circa tale "ricaduta" in materia tributaria – ma per profili diversi da quello oggetto del presente lavoro – si veda A. Marcheselli, *Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio: tempesta in arrivo dalle Corti internazionali*, in *Rivista Telematica di Diritto Tributario*, marzo 2021, nonché A.E. Sepe, *Per la Corte UE non è sanzionabile il rifiuto di collaborare con l'Ufficio*, in *Fisco*, n. 10 del 2021.

(13) Così (solo per citare le pronunce più recenti), testualmente, si legge nell'ordinanza 8 marzo 2019, n. 6792 che "il divieto di utilizzazione in sede contenziosa dei documenti non prodotti in via amministrativa va letto alla luce dei principi di collaborazione e buona fede in senso oggettivo, espressamente enunciata dalla l. n. 212 del 2000, art. 10 (c.d. *Statuto dei diritti del contribuente*), ai quali devono conformarsi sia i contribuenti che l'amministrazione finanziaria; pertanto non è solo il contribuente che deve collaborare, ma anche l'ufficio è tenuto ad ispirare la propria condotta agli anzidetti canoni della lealtà e della collaborazione".

"Va, pertanto, ritenuto che l'omessa esibizione da parte del contribuente dei documenti in sede amministrativa non determina l'inutilizzabilità della successiva produzione in sede contenziosa per il mero verificarsi di detta omessa esibizione, ma in presenza del peculiare presupposto, la cui prova incombe sull'Agenzia, costituito dall'invito specifico e puntuale all'esibizione, accompagnato dall'avvertimento circa le conseguenze della sua mancata ottemperanza (cfr. del citato d.p.r. n. 600 del 1973, art. 32, comma 4); il che nella specie non risulta essere avvenuto".

Principio ribadito nella successiva ordinanza n. 17364 del 19 agosto 2020: "In tema di accertamento, l'omessa esibizione da parte del contribuente dei documenti in sede amministrativa determina l'inutilizzabilità della successiva produzione in sede contenziosa solo ove l'amministrazione dimostri che vi era stata una puntuale richiesta degli stessi, accompagnata dall'avvertimento circa le conseguenze della mancata ottemperanza e che il contribuente ne aveva rifiutato l'esibizione, dichiarando di non possederli, o comunque sottraendoli al controllo, con uno specifico comportamento doloso volto ad eludere la verifica (Cass., ord. n. 7011 del 21 marzo 2018; Cass., ord. n. 27069/2016, nn. 453 e 22126 del 2013); ciò in quanto l'impossibilità di considerare a favore del contribuente in sede amministrativa e

contenziosa, i documenti non acquisiti durante gli accessi, perché il contribuente ha rifiutato di esibirli o dichiarato di non possederli o li ha comunque sottratti al controllo è prevista da una norma che fa eccezione a regole generali...".

In buona sostanza, quindi, la Suprema Corte ha chiarito che:

a) la norma preclusiva di cui al d.p.r. n. 600 del 1973, art. 32, 4° comma è di natura eccezionale e come tale non applicabile oltre ai casi e tempi da essa considerati;

b) essa va applicata in coerenza ed alla luce dei principi affermati dagli artt. 24 e 53 Cost., in modo, quindi, da non comprimere il diritto alla difesa dei contribuenti e da non obbligare gli stessi ad effettuare pagamenti non dovuti (cfr. Cass., n. 453 del 2013; Cass., n. 27069 del 2016; Cass., n. 7011 del 2018).

(14) La Corte costituzionale (ord. n. 117 del 2019) al suo punto 7.1 così precisa: "La costante giurisprudenza di questa Corte ritiene che il 'diritto al silenzio' dell'imputato – pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale – costituisca un 'collaterale essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa', riconosciuto dall'art. 24 Cost. (ordinanze n. 202 del 2004, n. 485 e n. 291 del 2002). Tale diritto garantisce all'imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all'esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le indagini".

Principio poi ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 84 del 2021 (par. 3.2).

(15) Come riconosciuto sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte di giustizia (cfr. *retro sub par. 1*).

(16) Sulla qualificazione di tale "preclusione" quale "sanzione impropria" si veda anche A. Marcheselli, *Op.cit.* (par. 9).

(17) In proposito la sentenza della Corte di giustizia, fa riferimento a sanzioni che perseguono una "finalità repressiva" e presentano "un elevato grado di severità". Al riguardo, si consideri che la Corte di giustizia (par. 44) ribadisce altresì "la necessità di rispettare il diritto al silenzio nell'ambito di un procedimento di indagine" anche allorché "gli elementi di prova ottenuti nell'ambito di tale procedura" sarebbero utilizzabili in successivi procedimenti a carico del contribuente con effetti negativi nei suoi confronti in relazione (par. 42) "a procedure di accertamento di illecito amministrativo".

(18) Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Olanda*: i criteri ivi previsti possono essere pacificamente fra loro "alternativi".

(19) Corte EDU, *Engel e altri c. Olanda*, 8 giugno 1976.

(20) Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande-Stevens c. Italia*.

(21) A. Marcheselli (*Op. cit.*, par. 9) concludendo, si limita a riconoscere "che le preclusioni previste dall'art. 32 d.p.r. 600/73...sono fortemente a rischio di contrasto con il diritto a non cooperare alle proprie incriminazioni sancite dalle Corti internazionali".

(22) Tale sanzione non ha evidentemente nulla a che vedere con le sanzioni previste dall'art. 11 d.l. n. 201 del 2011 che – a differenza della condotta "omissiva" in cui si sostanzia l'esercizio del "diritto al silenzio" – attiene invece a condotte "commissive", afferenti la "esibizione o trasmissione" di atti o documenti falsi.

(23) Cfr. *retro nota 12*.

(24) Così come ricordato dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale (par. 3.6).

(25) Cass., sez. trib., 1° marzo 2022, n. 6786.

(26) Da quanto è possibile ricostruire dalla lettura della sentenza della Suprema Corte, in quel caso, l'amministratore aveva riconosciuto alcune circostanze gravemente lesive della posizione fiscale della Società da lui rappresentata, lamentando tuttavia la mancanza di un "consenso informato" a causa della mancanza di un "previo avvertimento" della sua possibilità di avvalersi del "diritto al silenzio".

(27) E ciò senza "scomodare" l'applicazione del "principio di eguaglianza" (art. 3 Cost.) fra persona fisica che agisce "in proprio" e che agisce in "qualità di amministratore".

(28) Tale previsione è contenuta nell'art. 64, 3° comma, c.p.p.29(1) Che come si è visto l'ordinamento comunitario ha elaborato sin dagli anni '60 – '70.

(30) La previsione dell'art. 5-ter D.lgs. n. 218 del 1997, attiene all'esercizio dell'attività istruttoria non avendo nulla a che vedere con l'esercizio del "diritto ad essere ascoltati", comunemente definito "diritto al contraddittorio" pur invocato nella indicazione riportata nel suo 3° comma.

Sezione di diritto penale

Sentenze, ordinanze e decreti

Tribunale di Genova, sez. II, collegio II, 29 marzo 2022, n. 1188 - Pres. Aschero - Est. Vignola.

DELITTI contro il patrimonio - truffa aggravata - artifici e raggiri - annullamento solo informatico di ordinativo di merce - consegna della merce senza fatturazione - sussistenza.

(Art. 640 c.p.)

DELITTI contro l'ordine pubblico - associazione per delinquere - attività delinquenziale connessa ad attività di impresa - mezzi legittimi per l'esercizio di attività imprenditoriale - quid pluris - necessità - assenza - esclusione.

(Art. 416 c.p.)

REATI TRIBUTARI - dichiarazione infedele - elemento soggettivo - consapevolezza della falsità della dichiarazione - sussistenza.

(Art. 4 D. Lgs. 10 marzo 2000 n. 74)

DELITTI contro il patrimonio - riciclaggio - utilizzo di denaro provento di reato da parte della moglie dell'autore del reato presupposto - percepibilità della provenienza delittuosa del denaro - sussistenza.

(Art. 648 bis c.p.)

Sono idonei ad integrare il reato di truffa di cui all'art. 640 c.p. gli artifici e i raggiri, consistiti nell'annullamento solo informatico degli ordinativi in una fase successiva allo scarico del magazzino, quando hanno consentito la consegna della merce in assenza di fatturazione e hanno comportato da un lato un profitto per coloro che hanno ricevuto la merce e dall'altro un corrispondente danno alla società erogatrice dei prodotti. (1)

La mancanza di qualsivoglia elemento probatorio concernente la predisposizione di mezzi ulteriori rispetto a quelli legittimamente impiegati nel contesto della società ove lavoravano due degli imputati, impedisce il riscontro di un vincolo associativo stabile (Cfr. Cass. Pen., sez. Ii, 17.01/14 n. 5773). La differenza che intercorre tra associazione a delinquere e mero concorso nel reato risiede infatti: 1) nel vincolo associativo, tendenzialmente stabile o permanente tra tre o più soggetti, destinato a durare anche dopo la realizzazione di ciascun delitto programmato; 2) nella indeterminatezza del programma criminoso a fronte, invece, del vincolo occasionale tra più persone circoscritto alla realizzazione di uno o più reati determinati tipico del concorso di persone nel reato; 3) nell'esistenza di una stabile struttura, risultante dall'organizzazione di uomini e mezzi, funzionale a realizzare gli obiettivi criminosi programmati (Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 10.01/14, n. 9284). (2)

In caso di dichiarazione dei redditi auto liquidata, l'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 4 del D.lvo n. 74/2000 può dirsi integrato dalla mera consapevole volontà della ridotta dichiarazione effettuata. (3)

Integra il reato di riciclaggio la condotta della moglie dell'autore del reato presupposto che abbia recepito, anche con modalità indirette, somme ragionevolmente provento dell'attività delittuosa del marito, in quanto incompatibili con le di lui condizioni di

vita e abbia compiuto operazioni di movimentazione, suddivisione e trasformazione delle stesse. (4)

C.G.

Testo del provvedimento.

Imputati: Tizio, Caio, Sempronio e Mevio.

Imputazione:

A) Delitto di cui all'art. 416. Commi 1, 2 e 3 del c.p., perché si associavano tra di loro allo scopo di commettere più delitti di truffa in danno della società Alfa, operando Tizio (nella sua qualità di dipendente con il ruolo di capo zona) quale promotore, capo e organizzatore dell'associazione, imparando a Caio l'istruzione di annullare ed annullando lui stesso - solo a livello formale/contabile (tramite il software gestionale aziendale "JDE") e non reale - gli ordinativi di merce inseriti nel DDT intestati alla società di Sempronio e alla ditta individuale Mevio, prima della fatturazione mensile. La merce quindi, seppur non fatturata, risultava comunque consegnata alle già menzionate imprese, non seguendo a tale annullamento il ritorno della stessa nei magazzini della società Alfa o la vendita ad un altro cliente.

Caio (nella sua qualità di dipendente con il ruolo di addetto alla logistica) quale partecipe all'associazione, eseguendo le istruzioni di Tizio ed annullando n. 2493 DDT corrispondenti a merce stornata di valore pari a 2.055.821 euro (calcolata unitamente a 178 DDT annullati personalmente dal da Tizio. Sempronio (nella sua qualità di legale rappresentante della società Beta e di socio accomandatario della società Gamma e Mevio (nella sua qualità di titolare della ditta individuale Delta quali partecipi all'associazione, ricevendo effettivamente in maniera sistematica la merce della società Alfa senza effettuare alcuna fattura, beneficiando così dell'annullamento solo formale dei predetti DDT e corrispondendo denaro "in nero" a Tizio quale corrispettivo della suddetta merce.

B) Delitto di cui agli artt. 81 cpv, 110, 640, commi 1 e 3, 61 n. 7 e 61 n. 11 del c.p. perché, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, agendo in concorso tra loro, con artifici e raggiri, consistiti da parte di Tizio e Caio (in qualità di dipendenti della società Alfa) nell'annullare - solo a livello formale/contabile (tramite il software gestionale aziendale "JDE") e non reale - gli ordinativi di merce inseriti nei DDT intestati alle società di Sempronio e alla ditta individuale Delta, prima della fatturazione mensile, e da parte di Mevio e Sempronio (nelle qualità sopra indicate) nel ricevere materialmente la merce corrispondente agli ordinativi annullati solo formalmente senza fatturarla e senza effettuare alcun reso. Inducendo così in errore la società Alfa che credeva che i suddetti ordini fossero realmente annullati con conseguente rientro della merce nei suoi magazzini, si procuravano ingiusto profitto con pari danno per la persona offesa (pari a 2.055.821,44 euro corrispondente al valore della merce consegnata e non fatturata), fatto aggravato per aver cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale di rilevante gravità e per essere stato commesso da Tizio e Caio con abuso di prestazione d'opera.

- Sempronio -

C) Delitto previsto e punito dall'art. 4 D.L.vo 74/2000 perché, nella sua qualità di legale rappresentante della società Beta, al fine di evadere le imposte sui redditi della predetta società

(IRES), indicava nella dichiarazione annuale relativa all'anno 2014 elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo. In particolare, ometteva di indicare elementi attivi per 705.349 euro (importo superiore al 10% degli elementi attivi dichiarati), realizzando così un'evasione dell'imposta superiore ad euro 150.000; in particolare pari ad euro 193.971.

D) Delitto previsto e punito dall'art. 4 D.L.vo 74/2000 perché, nella sua qualità di legale rappresentante della società *Beta*, al fine di evadere le imposte sui redditi della predetta società (IRES), indicava nella dichiarazione annuale relativa all'anno 2013 elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo. In particolare, ometteva di indicare attivi per euro 701.205 (importo superiore al 10% degli elementi attivi dichiarati), realizzando così un'evasione dell'imposta superiore ad euro 150.000; in particolare pari ad euro 192.831.

- *Mevio* -

E) Delitto previsto e punito dall'art. 3 D.L.vo 74/2000 perché, nella sua qualità di titolare della ditta individuale *Delta*, al fine di evadere le imposte sui redditi della predetta ditta (IRPEF) avvalendosi di mezzi fraudolenti, segnatamente concorrendo nel reato di truffa di cui al capo b) che precede, ometteva di indicare, nella dichiarazione annuale relativa all'anno 2015, elementi attivi per un aumentare superiore al 5% di quelli dichiarati, realizzando un'evasione dell'imposta superiore ad euro 30.000,00; in particolare pari ad euro 327.081,00.

- *Tiberia* -

F) Delitto di cui agli artt. 81 cpv., 648 bis e 61 n. 7 del c.p., perché, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, trasferiva denaro provento del delitto di truffa commesso da *Tizio*, *Caio*, *Mevio* e *Sempronio* pari alla somma complessiva di euro 194.663,25, versandolo in parte in contanti su conti correnti bancari a lei intestati, in parte ricevendo, quale beneficiaria, bonifici ed assegni non giustificati sui medesimi conti bancari da parte di soggetti terzi (ai quali aveva precedentemente consegnato il suddetto denaro in contanti) ed in parte effettuando operazioni extraconto (versamento in denaro contante allo sportello con richiesta di emissione di assegno circolare o contestuale pagamento), compiendo in tutto in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del suddetto denaro. (...omissis...)

P.Q.M.

Visto l'art. 530 c.p.p. assolve *Tizio* e *Mevio* dal reato di cui al capo A), *Sempronio* dai reati di cui ai capi A) e C), *Mevio* dai reati di cui ai capi A) e E), riqualificato il fatto di cui al capo E) nel reato di cui all'art. 4. D.lvo 74/00, perché il fatto non sussiste. Visto l'art. 531 c.p.p. dichiara non doversi procedere nei confronti di *Tizio*, *Caio*, *Sempronio* e *Mevio* per i reati in continuazione di cui al capo B) limitatamente al periodo compreso fra il 21.07.10 e il 26.07.14 perché estinti per intervenuta prescrizione. Visti gli artt. 533, 535 c.p.p. dichiara *Tizio*, *Caio* e *Mevio* responsabili in concorso dei reati in continuazione di cui al capo B), limitatamente al periodo compreso tra il 27.07.14 ed i primi giorni di giugno 2015 e, operato l'aumento per la continuazione e riconosciute solo a *Caio* le attenuanti generiche da considerare prevalenti sulle aggravanti, li condanna: *Tizio* alla pena di anni due di reclusione ed euro 1500 di multa, *Caio* alla pena di anni uno di reclusione ed euro 800 di multa, *Mevio* alla pena di anni uno e mesi sei di reclusione ed euro 1200 di multa, oltre alle spese processuali. Pena sospesa per il solo *Caio*. Dichiara *Sempronio* responsabile del reato di cui ai capi B) limitatamente al periodo compreso fra il 27.06.14 e i primi giorni di giugno

2015 e del reato di cui al capo D), ritenuta l'imposta evasa pari a euro 163.362,48, unificati i reati dal vincolo della continuazione e ritenuto più grave il reato di cui al capo D), lo condanna alla pena di anni due di reclusione, oltre alle spese processuali. Visti gli artt. 240 c.p. e 12 bis D.L.vo 74/00 dispone la confisca del profitto in sequestro fino all'importo di euro 163.362,48 con restituzione dell'eventuale eccedenza sequestrata dall'avente diritto Visti gli artt. 533 ss c.p.p. dichiara *Tiberia* responsabile del reato di cui al capo F) e, ritenuta la diminvente di cui al comma 3 da considerare prevalente alla contestata aggravante, la condanna alla pena di anni due e mesi dieci di reclusione ed euro 8000 di multa, oltre alle spese processuali. Visto l'art 648 quater c.p. dispone la confisca a carico di *Tiberia* di beni e altre utilità pari al profitto del reato di cui all'art 648 bis c.p. fino all'importo di euro 194.663,25, anche per equivalente. Visti gli artt. 538 ss c.p.p. condanna *Caio*, *Mevio*, *Sempronio*, società *Beta* e società *Gamma* Responsabile Civile, al risarcimento dei danni derivanti dal reato alla Parte Civile costituita, da liquidarsi in separato giudizio civile, accordando una provvisoria pari a euro 300.000. Li condanna altresì alla rifusione delle spese legali incontrate dalla Parte Civile costituita che si liquidano in euro 13.235,40 oltre spese generali, iva e cpa. Visto l'art. 544 co 3 c.p.p. riserva la motivazione in giorni 90.

(1-4) La truffa a danno del gruppo Amadori e una discutibile condanna per riciclaggio.

Sommario: 1. *Introduzione e ricostruzione fattuale della complessa fattispecie concreta.* - 2. *Motivi della decisione.* - 2.1. *La truffa aggravata.* - 2.1.1. *La determinazione del danno.* - 2.2. *L'associazione a delinquere.* - 2.3. *i reati tributari.* - 2.4. *Il reato di riciclaggio.* - 3. *Riflessioni in merito alla condanna per riciclaggio.* - 4. *Conclusioni.*

1. Introduzione e ricostruzione della complessa fattispecie concreta.

La sentenza in commento - di cui sono stati riportati i soli capi di imputazione e l'esito della decisione - trae origine dal reato di truffa aggravata posto in essere da due dipendenti di una società erogatrice di servizi per il gruppo Amadori. Le indagini svolte in relazione a detto reato hanno dato luogo alla formazione dei capi di imputazione A, B, C, D, E e F, relativi rispettivamente ai reati di associazione a delinquere (capo A), truffa (capo B), reati tributari di cui al D.L. 74/00 (capi C, D, E) e riciclaggio (capo F).

La sentenza di cui alla presente nota appare condivisibile in relazione ai capi A, B, C, D ed E. Risulta tuttavia sindacabile l'inquadramento della fattispecie di cui al capo F nel reato di riciclaggio piuttosto che in quello di ricettazione. Si ritiene pertanto opportuno effettuare una ricostruzione dei fatti in causa e successivamente - nel prossimo paragrafo - una disamina delle motivazioni della decisione, per poi soffermarsi sulle ragioni che hanno portato chi scrive a sostenere detta ultima affermazione.

Nell'anno 2014 sono stati rilevati nella società *Alfa* (erogatrice di servizi per società del gruppo Amadori), margini di vendita negativi in relazione a degli specifici clienti, ossia *Mevio* e *Sempronio*, titolari di società destinate alla distribuzione e alla vendita della merce ai vari esercizi commerciali liguri. I rapporti economici con detti clienti rientravano nella competenza di *Tizio*, in virtù della sua qualifica di capo zona, il quale giustificava la vendita della merce a valore inferiore rispetto a quello di acquisto nell'ottica di fidelizzare il cliente. Tuttavia,

nell'anno successivo sono emerse varie operazioni di storno, parziale o totale, poste in essere dallo stesso *Tizio* e da *Caio* - anch'esso dipendente ma addetto al ramo logistico della azienda - che recavano sovente come causale "errore in inserimento ordine". Dette operazioni risultavano essere state svolte proprio in relazione a svariati ordinativi effettuati da *Mevio* e *Sempronio*. A riguardo in Sentenza viene sottolineato che il meccanismo di annullamento degli ordini era riservato a situazioni peculiari (prodotto diverso da quello ordinato o deteriorato) e prevedeva una annotazione da parte del padroncino incaricato alla consegna sul documento di trasporto (DDT) circa le motivazioni per cui quest'ultima non aveva avuto luogo, di modo che il capo zona potesse valutare se reintegrare la merce in magazzino ovvero inserirla in un altro ordine. In quest'ultimo caso l'addetto alla logistica doveva annotare la rettifica sul programma aziendale.

Nel caso di specie, tuttavia, difettava qualsivoglia indicazione sui DDT e la merce risultava quindi in una sorta di "limbo", perché pur essendo stato annullato l'ordine a sistema - circostanza che faceva ritenere che fosse stato quindi reintegrato in magazzino o allocato presso terzi - non risultavano elementi concreti atti a sostenere che non fosse stato effettivamente consegnato al destinatario originario. Per altro è pacifico che la merce uscisse effettivamente dal magazzino, in quanto copia della bolla di uscita veniva rilasciata - nonostante le dette operazioni di storno - ai trasportatori, al fine del conteggio mensile del loro compenso. Inoltre, il titolare di una ditta individuale di trasporti per conto di terzi (tra cui la società *Alfa*) ha dichiarato nel corso del processo, che nei casi di consegna alla società *Beta*, oltre alla detta bolla di accompagnamento, veniva sempre correttamente sottoscritta anche la bolla di avvenuta consegna. In aggiunta, tutti i trasportatori escussi hanno confermato di non aver mai riscontrato problematiche relative alla consegna della merce a *Mevio* e *Sempronio* e che pertanto quest'ultima fosse effettivamente avvenuta.

La ragione della discrepanza tra le evidenze del sistema informatico (rispetto alle quali gli ordinativi risultavano essere stati annullati) e le risultanze dei DDT, nonché le dichiarazioni rese dai trasportatori nel corso del processo, circa l'avvenuta consegna della merce, è da ravvisarsi nel complesso meccanismo fraudolento posto in essere da *Tizio* e *Caio*. Detto meccanismo consisteva nell'annullamento da parte dei due dipendenti soltanto formale e contabile degli ordinativi - lasciando inalterata a sistema la qualità e la quantità della merce prelevata dal magazzino. - Tale artificio, veniva posto in essere in un periodo successivo allo scarico del magazzino (e alla conseguente consegna), così riuscendo a aggirare i frequenti controlli relativi alla consistenza dello stesso, ma antecedente alla fase di fatturazione, atteso che solo così questa poteva non avere luogo.

Peraltro, appare incontrovertibilmente provato che la truffa sia stata attuata da *Tizio* e *Caio*, in quanto gli annullamenti risultano essere effettuati mediante l'utilizzo dei loro codici identificativi personali. Gli stessi, infatti, avevano accesso esclusivo, rispetto agli altri dipendenti, alle specifiche aree del sistema informatico interessate dalla truffa posta in essere. È inoltre evidente che la condotta delittuosa dagli imputati abbia causato alla società *Alfa* un danno corrispondente al valore della merce sottratta senza l'elargizione di alcun corrispettivo economico alla società stessa da parte di *Mevio* e *Sempronio* - circostanza che peraltro ha condotto all'assenza di fatturazione, stante la convinzione che gli annullamenti degli ordinativi fossero legittimi e che dunque quest'ultima non avrebbe dovuto essere effettuata. Detto danno è stato quantificato - come si vedrà prendendo in considerazione i

soli DDT in originale e le copie degli stessi (non invece alle ristampe che non indicavano le note relative allo storno degli ordini) e considerando non i prezzi di listino, bensì quelli effettivamente applicati in relazione allo specifico cliente.

Per quanto riguarda il profitto del reato di truffa, questo è stato agevolmente individuato nel valore della merce sottratta alla società *Alfa* e commercializzata da *Mevio* e *Sempronio*, che ne hanno presumibilmente tratto un guadagno almeno pari al valore dell'acquisto della merce, atteso che la vendita della stessa a prezzo inferiore appare irragionevole e avrebbe inficiato l'utilità del complesso meccanismo di artifici e raggiri posto in essere. In sede di accertamento di detto profitto è emersa anche la commissione da parte di *Mevio* e *Sempronio* dei reati tributari di cui al D.L. 74/00 consistenti in dichiarazioni fiscali riportanti un imponibile minore rispetto a quanto ottenuto dalla commercializzazione della merce sottratta illecitamente alla società *Alfa*. Detti reati sono una conseguenza logica della commissione del delitto di truffa, pur non potendo essere ricompresi nel reato stesso, come hanno mirabilmente chiarito i Giudici in relazione al capo E). Va da sé, infatti, che una corretta dichiarazione fiscale avrebbe inficiato l'intero meccanismo criminoso posto in essere, il quale per sua stessa natura non poteva far altro che sfociare nella commercializzazione della merce "in nero".

Peraltro, è evidente che, atteso che il reato è stato commesso in concorso con altri correi, al fine di poter affermare la sussistenza dello stesso, non è necessario provare che ogni concorrente abbia tratto un personale profitto dalla condotta criminosa posta in essere, essendo sufficiente la prova del conseguimento di una utilità da parte anche solo di alcuni. Ciò premesso, appare lampante secondo le ordinarie regole di esperienza che anche *Tizio* e *Caio* abbiano in concreto tratto un profitto dalla commissione del reato, altrimenti avrebbero corso nel rischio di conseguenze dannose senza alcun motivo logico. Sulla base di detta ragione, sono stati svolti accertamenti bancari, dapprima sui soli *Tizio* e *Caio* e poi anche su *Tiberia*, moglie di *Tizio*. In particolare, *Caio* risultava dotato di un normale tenore di vita. Era cointestatario di un conto corrente insieme alla madre dal controllo del quale sono risultate movimentazioni irriskorie. L'unica operazione sospetta posta in essere è consistita nel versamento della somma di 4.906 euro su un conto corrente intestato a *Tiberia*. Diversa invece la situazione di *Tizio* e *Tiberia*. Dall'analisi dei loro conti correnti personali e cointestati emergevano tre tipi di movimentazioni sospette: entrate derivanti da versamenti in contanti; operazioni extra conto con versamento allo sportello di denaro contante al di fuori della capienza del conto corrente ed infine entrate derivanti da assegni e bonifici, non giustificate dalla vendita di beni mobili e immobili e con compatibili con il loro normale tenore di vita (*Tiberia* era disoccupata e beneficiava di assegno di disoccupazione e maternità). Dette operazioni ammontavano a un valore maggiore sui conti correnti intestati alla sola *Tiberia* e risultavano incrementate negli anni in cui era aumentato anche il valore della merce sottratta alla società *Alfa*. In particolare, per l'anno 2014 risultava la minor disponibilità di reddito per la coppia, ma la maggiore disponibilità di denaro contante e operazioni sospette. Inoltre, nel corso degli anni interessati dalla commissione del reato di truffa risultavano essere stati acquistati alcuni immobili e veicoli, rivenduti poi a prezzo maggiore rispetto a quello di acquisto. Sovente la coppia riceveva anche bonifici da amici e parenti con la causale "restituzione prestito", non corrispondente però alla realtà dei fatti. Detta causale è stata utilizzata secondo il Tri-

bunale di Genova al fine di eludere i controlli antiriciclaggio dei vari istituti bancari. Alcuni amici di *Tiberia*, inoltre, hanno deposto in udienza sostenendo che la stessa vantasse una disponibilità economica pressoché illimitata e in un caso che avesse chiesto a una amica di versare una cifra sul suo conto corrente, regalándole in cambio un buono per le terme.

Nel corso del processo, la mamma di *Tiberia* ha tentato di giustificare l'aumentata disponibilità economica della figlia, sostenendo che la stessa beneficiava in quegli anni della somma di 130.000 euro donatale dal nonno materno e conservata nella soffitta della casa in campagna di proprietà della famiglia. Detta giustificazione non è stata ritenuta credibile ed è stata smentita dalle risultanze processuali. L'unica somma che risultava essere effettivamente appartenere a *Tiberia* erano 230.000 euro derivanti dall'eredità del nonno morto nel 2015. Tuttavia, questo denaro non era fruibile dalla stessa negli anni in cui sono state poste in essere le operazioni sospette in quanto la successione non era ancora aperta.

Quanto fin ora descritto - operazioni sospette e incapacità di giustificare verosimilmente una provenienza lecita della propria disponibilità economica - ha indotto il Tribunale di Genova a ravvisare la sussistenza della penale responsabilità di *Tiberia* per la commissione del reato di riciclaggio.

Infine, per ciò che attiene il contestato delitto di associazione a delinquere, si ritiene che la procura sia stata indotta a contestare detto reato proprio in virtù del complesso meccanismo truffaldino posto in essere da *Tizio, Caio, Sempronio e Mevio* e della sua protrazione nel tempo. Tuttavia, dalle risultanze processuali, non sono emersi elementi idonei a ritenere l'esistenza di un gruppo costituito ed organizzato con la finalità di commettere un numero indeterminato di truffe. Non risultava infatti che i correi avessero un accordo in tal senso e dal punto di vista organizzativo non vi era la predisposizione di luoghi o strumenti preposti dagli imputati alla commissione del reato, diversi da quelli propri della società *Alfa*. Gli artifici e raggiri posti in essere infatti avvenivano all'interno dei locali della società, mediante l'utilizzo dei software aziendali. Lo stesso trasporto della merce veniva svolto dai padroncini che eseguivano le consegne per conto di *Alfa*. Pertanto, i giudici, non ritenendo sussistente il reato di associazione a delinquere, qualificano correttamente il caso di specie in un mero concorso di persone nel reato. A sostegno di quanto detto, il Tribunale di Genova ha citato la pronuncia della Corte di Cassazione n. 9284/2014 (1), che chiarisce quali siano le differenze tra associazione a delinquere e concorso di persone corroborando quanto affermato dai giudici genovesi.

2. Motivi della decisione.

Verranno di seguito riportati i principali passaggi attraverso i quali si è sviluppata la motivazione della sentenza, in parte tralasciando quelli relativi ai reati tributari che non si ritengono particolarmente rilevanti ai fini del ragionamento che si andrà a sviluppare nel penultimo paragrafo.

2.1. La truffa aggravata.

Il tribunale di Genova ha ritenuto sussistente il reato di truffa aggravata, realizzato in concorso fra i due i due dipendenti della società *Alfa, Tizio e Caio*, e i fratelli *Mevio e Sempronio* che hanno ricevuto la merce, sottratta grazie al meccanismo truffaldino, in assenza di fatturazione.

Il complesso meccanismo di artifici e raggiri posto in essere, può essere descritto nei seguenti termini:

Una volta effettuato l'ordine e correttamente formato il DDT,

la merce usciva regolarmente dal magazzino e venivano formati gli imballaggi per la consegna; il passaggio dello scarico era indispensabile per consentire di mantenere in equilibrio la consistenza effettiva del magazzino rispetto alle risultanze emergenti dal sistema informatico;

la merce veniva quindi consegnata in base alla bolla emessa, senza alcuna variazione rispetto all'ordinativo originario in essa indicato, invariato restandone il destinatario, nonché la consistenza qualitativa e quantitativa dei prodotti: in tal senso depone l'assenza di qualsivoglia annotazione sulle bolle da parte dei vettori, tenuti ad indicare sui DDT l'eventuale recapito presso terzi o l'eventuale rientro in magazzino della merce; sempre costoro, del resto, hanno confermato l'assenza di restituzione dei prodotti da parte delle società *Beta, Gamma, e ditta individuale Delta*. Sul punto, il Tribunale ritiene l'attendibilità dei trasportatori indubitabile, stante la loro terzietà rispetto alle diverse società fornitrici per conto delle quali operavano le consegne. Conferma in tal senso discende, altresì, dal raffronto incrociato dei partitari delle società riceventi, la cui conformità attesta l'avvenuta ricezione dei prodotti.

In un periodo successivo allo scarico del magazzino - e alla conseguente consegna della merce - ma antecedente alla fatturazione della stessa - atteso che solo così questa non aveva luogo - i due dipendenti della società *Alfa* procedevano al sopra descritto annullamento solo formale e contabile degli ordinativi, lasciando inalterata a sistema la qualità e la quantità di merce prelevata dal magazzino, di modo che il quantitativo di merce presente risultasse inalterato.

I Giudici ritengono provato - e ciò appare pienamente condivisibile - che la condotta sia stata posta in essere da *Tizio e Caio* in ragione del fatto che questi ultimi all'interno dell'azienda, in virtù delle loro rispettive qualità di Capo Zona e di Logistico, avevano accesso esclusivo al sistema informatico deputato alla gestione del magazzino, dagli ordinativi fino alla fatturazione. Viene inoltre sottolineato in sentenza che i dipendenti, non erano in posizione sovraordinata l'uno rispetto all'altro, appartenendo a due diversi reparti dell'organico aziendale - rispettivamente commerciale e logistico - ed avevano ciascuno accesso autonomo e indipendente al sistema software. Peraltro, il Tribunale di Genova, ha ritenuto che la collaborazione da parte di *Caio*, fosse indispensabile stante il ruolo interno da lui ricoperto, tale per cui non avrebbe potuto non rilevare l'anomalia consistente nell'inserimento di annullamenti in assenza di annotazioni sulle bolle attestanti il rientro della merce a magazzino o la rivendita ad altro cliente. Quest'ultimo ha ammesso l'addebito, mentre il collega lo ha negato sostenendo che la propria password era nota anche ad altri. Tuttavia, tale asserzione risulta smentita alla luce dell'obbligo aziendale di aggiornamento trimestrale della password e del ben più ampio arco temporale in contestazione. Inoltre, occorre considerare che proprio in virtù del suo accesso privilegiato al sistema informatico, non avrebbe potuto non rilevare un uso indebito della propria password ad opera di terzi, stante la presenza di operazioni di annullamento effettuate col suo codice. In tal senso, anche attraverso la gestione diretta ed esclusiva da parte sua delle società dei fratelli *Mevio e Sempronio* non poteva non aver quantomeno avuto riscontro del meccanismo illecito ed avervi assentito.

Secondo il Tribunale di Genova, dunque, con la descritta condotta, i dipendenti della società *Tizio e Caio* hanno posto in essere un meccanismo artificioso che ha consentito di effettuare la consegna della merce a *Mevio* e a *Sempronio* senza conseguente fatturazione. La condotta è, quindi, aggravata dall'abuso di prestazione d'opera da parte dei due dipendenti.

Tale artificio ha indotto in errore la *società Alfa* nel ritenere tali ordini effettivamente annullati e, pertanto, giustificata l'assenza di fatturazione e non dovuto alcun corrispettivo, apparendo mai avvenuta la vendita della merce. Il danno subito dalla società corrisponde al valore della merce consegnata e non fatturata.

2.1.1. La determinazione del danno.

In sentenza il danno viene così determinato:

vengono premessi alcuni elementi di carattere tecnico in ordine al funzionamento del sistema gestionale informatico, volti sostanzialmente a provare l'effettiva avvenuta consegna della merce e l'annullamento solo formale degli ordinativi a sistema; ai fini della prova del danno, vengono presi in considerazione solo i DDT in originale o in copia, ma non le ristampe informatiche degli stessi, in quanto solo i primi forniscono le annotazioni relative allo storno degli ordini da cui desumere se la merce indicata a sistema come 'annullata' è stata fatturata a terzi o resa a magazzino o distrutta; infine, per effettuare una migliore approssimazione del danno effettivamente subito dalla società, viene tenuto conto non dei prezzi di listino, bensì di quelli in concreto risultanti dalle fatture emesse dalla azienda nei confronti di *Mevio*, *Sempronio* e delle rispettive società.

Tutto ciò premesso, il Tribunale di Genova, commisura il danno complessivo in misura non inferiore ad €. 1.492.378,45 (per la *società Beta* in €. 1.231.492,06, per la *società Gamma* in €. 156.244,03, per ditta individuale *Delta* in €. 104.642,36). Il fatto risulta, pertanto, aggravato dalla rilevanza del danno patrimoniale prodotto alla *società Alfa*. Limitatamente al periodo compreso fra il 21.07.10 ed il 26.07.14 va, invece, dichiarata l'intervenuta prescrizione alla data di pronuncia della presente sentenza.

2.2. L'associazione per delinquere.

Il tribunale di Genova ritiene mirabilmente che non sia sussistente l'associazione a delinquere di cui all'art. 416 c.p. (capo A).

Nel caso di specie, infatti, mancano elementi sintomatici essenziali ai fini dell'esistenza di un gruppo costituito ed organizzato con la finalità di commettere un numero indeterminato di truffe, non risultando positivamente la sussistenza di uno stabile accordo orientato a tal fine. Difetta anche il fattore organizzativo, non essendo emerse evidenze né dal punto di vista logistico, né strumentale, comprovanti la disponibilità o la predisposizione ad opera degli imputati di luoghi ovvero di mezzi stabilmente destinati allo svolgimento dell'attività delittuosa, diversi da quelli propri della *società Alfa*. Lo stesso invio a destinazione del prodotto era assicurato dai padroncini che per conto di *Alfa* effettuavano il servizio. Nella motivazione della sentenza viene a tale proposito rimarcato che i requisiti che differenziano l'associazione per delinquere dal concorso di persone nel reato si ravvisano: 1) nel vincolo associativo, tendenzialmente stabile o permanente tra tre o più soggetti, destinato a durare anche dopo la realizzazione di ciascun delitto programmato; 2) nella indeterminatezza del programma criminoso a fronte, invece, del vincolo occasionale tra più persone circoscritto alla realizzazione di uno o più reati determinati tipico del concorso di persone nel reato; 3) nell'esistenza di una stabile struttura, risultante dall'organizzazione di uomini e mezzi, funzionale a realizzare gli obiettivi criminosi programmati (2).

2.3. I reati tributari.

Per ciò che attiene i reati tributari - i quali non rilevano particolarmente ai fini del ragionamento che si andrà a sviluppare nel paragrafo successivo - ci si limita a segnalare che a ri-

guardo la sentenza appare pienamente condivisibile. Infatti, dalle risultanze processuali è risultato pacificamente provato che le dichiarazioni fiscali (auto liquidate) presentate da *Sempronio* fossero di gran lunga inferiori rispetto a quanto avrebbero dovuto essere in considerazione del valore della merce sottratta mediante il meccanismo truffaldino e commercializzata tramite le sue società.

2.4. Il reato di riciclaggio.

Il Tribunale di Genova ravvisa la sussistenza della penale responsabilità dell'imputata *Tiberia* in ordine al reato di cui al capo F). Ciò in quanto quest'ultima secondo i Giudici genovesi avrebbe gestito le somme conseguite dal marito come provento del reato di truffa aggravata - al quale lei non ha concorso - in modo da ostacolarne l'identificazione e occultarne la provenienza da reato. La prova di tale condotta, secondo i giudici genovesi, è stata conseguita per l'importo complessivo di €. 194.663,25. In particolare:

Nel periodo compreso fra il 21.03.2012 ed il 11.03.2016, *Tiberia*

ha effettuato bonifici e versato assegni con somme apparentemente ricevute da parenti della coppia o da soggetti vicini al marito *Tizio* per l'importo complessivo di €. 113.373,26;

ha, altresì, effettuato operazioni extra conto, consistite in versamento di denaro contante allo sportello con emissione di assegno circolare o con pagamento senza fruizione di denaro dai conti, per l'importo di €. 38.439,99;

ha, infine, disposto di denaro contante, tramite versamento in contanti su conti a lei intestati, per l'ammontare di €. 42.850,00; sono emersi acquisti e rivendite di veicoli senza soluzione di continuità e risulta sempre uno scarto non indifferente fra il valore di acquisto del veicolo nuovo rispetto al valore di rivendita di quello precedente;

sono inoltre risultati acquisti di vari immobili. Anche in questo caso è emerso uno scarto rilevante tra il valore di acquisto e il valore di rivendita. A riguardo la difesa ha sostenuto che alcuni immobili (quelli per i quali non è stato acceso alcun mutuo) siano stati comprati con utilizzo dei contanti ricevuti dal nonno e da altri parenti: tali importi sono stati 'cambiati' in assegni anche attraverso l'ausilio di terzi. Circostanza considerata non veritiera.

In merito a quanto fin ora detto il Tribunale di Genova ha svolto le seguenti osservazioni:

In primo luogo, il reddito di *Tiberia* in riferimento al periodo in esame non è apparso sufficiente a giustificare le operazioni suddette. Ciò in ragione del fatto che l'eredità acquisita dal nonno non era ancora fruibile negli anni di riferimento; ugualmente l'asserito lascito da parte del nonno di una ingente somma di denaro nella soffitta della casa di campagna in occasione del battesimo della pronipote e la conservazione con le medesime modalità anche da parte della stessa imputata, oltre a costituire un fatto del tutto anomalo secondo l'ordinaria esperienza, era suffragato esclusivamente da deposizioni di testi legati da vincoli di stretta parentela, apparsi sul punto non pienamente attendibili. Infine, anche l'utilizzo di tali somme a fini di prestito nei confronti di conoscenti di famiglia risultava poco verosimile in ragione dello scarto temporale intercorso.

Il Tribunale di Genova ha ritenuto che la scoperta del meccanismo truffaldino posto in essere dal marito abbia consentito di individuare una "utilità" tratta dallo stesso e derivante dall'annullamento delle fatture. Ciò è corroborato dal fatto che, considerando che la fase di "commercializzazione" della refurtiva risulta svolta solo dai "prenditori finali" della merce si suppone che gli altri correi (tra cui il *Tizio*, marito di *Tiberia*) rimasti estranei al "ciclo di sfruttamento della merce", siano stati altri-

menti ricompensati. Le operazioni ingiustificate sopra esposte sono state identificate ed apprezzate, proprio nella ricerca di tale profitto. Pertanto, i giudici ritengono che le somme ritrovate nella disponibilità di *Tiberia* coincidano con parte del profitto conseguito dal marito, quand'anco non provati direttamente. Ciò in ragione del fatto, secondo i giudici genovesi, che dette somme sono state oggetto di riciclaggio.

Il Tribunale di Genova, sulla base di quanto fin ora esposto, ha ritenuto integrato il reato. L'entità economica del riciclaggio compiuto è stata ritenuta essere pari alla somma delle operazioni dalla stessa compiute e non giustificabili (€ . 194.663,25). La somma suddetta, quale provento del reato di truffa ed oggetto del riciclaggio, viene confiscata a carico di *Tiberia* su qualsiasi bene nella disponibilità della stessa secondo il meccanismo del sequestro per equivalente. Lo stesso è infatti applicabile al caso ai sensi dell'art. 648 quater del c.p.p.

3. Riflessioni in merito alla condanna per riciclaggio.

Si è già anticipato che, ad avviso di chi scrive, la condotta posta in essere da *Tiberia* è stata erroneamente qualificata come riciclaggio, mentre avrebbe dovuto essere ritenuto configurato il reato di ricettazione. Il presente paragrafo, pertanto, si propone di esporre le ragioni logiche a sostegno di questa tesi.

Innanzitutto, appare necessario definire gli estremi del reato di riciclaggio.

Storicamente la normativa in esame nasce al fine di far fronte al fenomeno del c.d. "lavaggio" del denaro "sporco" (3). L'attuale formulazione (4) dell'art. 648 bis, difatti, prevede la punibilità - salvo il concorso nel reato- di "*chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo; ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa*". Si tratta dunque di un reato comune - potendo essere commesso da chiunque - a fattispecie plurioffensiva, dal momento che la normativa è volta alla tutela non solo del patrimonio, ma anche del corretto andamento della giustizia (nell'ottica della repressione del reato presupposto), nonché dell'ordine pubblico ed economico/finanziario.

Conditio sine qua non ai fini della sussistenza del reato di riciclaggio (5) - come si può desumere dall'incipit dell'art. 648 bis c.p. stesso - è che l'autore del reato non abbia in alcun modo concorso alla commissione del delitto presupposto. In quest'ultimo caso la condotta di *laundering* posta in essere potrebbe eventualmente integrare una aggravante, altri reati concorrenti, ovvero meri postfatti non punibili, ma sicuramente non il reato di cui all'art. 648 bis c.p. (6). Nella fattispecie in esame non vi sono problematiche di questo tipo, dal momento che la condotta delittuosa in esame è stata posta in essere da *Tiberia*, la quale non ha in alcun modo partecipato al reato a quo commesso invece dal marito in concorso con altri soggetti.

Occorre inoltre precisare che, delitto presupposto, a norma dell'art. 648 bis c.p. può essere qualsiasi delitto non colposo (7). Non vengono infatti effettuate ulteriori specificazioni. Nel caso di specie il tribunale di Genova ha ritenuto che il delitto a quo fosse individuabile nel reato di truffa aggravata di cui al capo B. Ciò in ragione del fatto che *Tiberia*, in concomitanza con la commissione da parte del marito del reato di cui art. 640 c.p., ha visto aumentare a dismisura la propria disponibilità economica in maniera incompatibile con il suo tenore di vita (era disoccupata e percepiva assegno di disoccupazione e maternità). A riguardo appare necessario sottolineare che l'eventuale profitto conseguito dal marito non è stato provato, ma solamente presunto (8). In particolare è stato desunto proprio dalle somme trovate nella disponibilità di *Tiberia*. Ciononostante, appare non

solo pacifico - secondo le normali regole di esperienza - che quest'ultimo abbia effettivamente conseguito un profitto, ma anche che il denaro rinvenuto in capo alla moglie fosse provento di reato (anche se non necessariamente di quello indicato) - sia perché come detto non compatibile con le sue condizioni di vita, sia perché la stessa non è stata in alcun modo in grado di provare verosimilmente una differente provenienza lecita del denaro.

In ogni caso la giurisprudenza non appare particolarmente severa per ciò che attiene l'identificazione e la prova del delitto presupposto nei reati contro il patrimonio. Infatti, la Corte di Cassazione ha stabilito che: "*Ai fini della configurabilità del "fumus" dei reati contro il patrimonio presupponenti la consumazione di un altro reato (artt. 648, 648-bis, 648-ter, 648-ter.1 c.p.), è necessario che il reato presupposto, quale essenziale elemento costitutivo delle relative fattispecie, sia individuato quantomeno nella sua tipologia, pur non essendone necessaria la ricostruzione in tutti gli estremi storico-fattuali*" (9). Non è nemmeno ostativo il fatto che il reato presupposto sia stato accertato nello stesso provvedimento in cui viene affermata la sussistenza della penale responsabilità per il reato di riciclaggio. A riguardo la giurisprudenza ha ritenuto che: "*in tema di riciclaggio, non è necessario che il delitto non colposo presupposto risulti accertato con sentenza passata in giudicato, ma è sufficiente che lo stesso non sia stato giudizialmente escluso, nella sua materialità, in modo definitivo e che il giudice procedente per il reato di cui all'art. 648 bis cod. pen., ne abbia incidentalmente ritenuto la sussistenza*" (10).

Tutto ciò premesso, non può non osservarsi che la ricezione di denaro, beni o altre utilità proventi di reato - e logicamente la sussistenza di un delitto presupposto - non è una caratteristica esclusiva del delitto di riciclaggio di cui all'art. 648 bis c.p., bensì è comune anche a quello di ricettazione di cui all'art. 648 c.p.

Occorre dunque, al fine di inquadrare la fattispecie concreta all'interno dell'una o dell'altra disposizione normativa, in primo luogo delineare quelle che sono le condotte tipiche del delitto di riciclaggio e successivamente concentrarsi sulle differenze intercorrenti tra le discipline delle due fattispecie delittuose.

In particolare, le condotte che vengono specificatamente incriminate dall'art. 648 bis c.p. sono la sostituzione, il trasferimento e il compimento di altre operazioni volte ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita dell'oggetto del reato. In quanto norma a condotta mista o alternativa, al fine della sussistenza del reato è sufficiente che ne venga posta in essere almeno una e la commissione di più condotte da luogo ad un unico delitto (11).

Quanto alla condotta di sostituzione, questa è da identificarsi come l'attività di rimpiazzamento del bene iniziale provento di reato con un altro bene finale. Dunque, consta di una prima fase ricettiva e di una seconda fase in cui si estrinseca la sostituzione vera e propria (12).

La condotta di trasferimento, invece, consiste in atti di disposizione del bene tra cui anche operazioni fittizie.

Infine, le "*altre operazioni*" costituiscono una sorta di clausola generale che ricomprende tutte le condotte non rientranti nelle fattispecie di sostituzione e trasferimento. Tuttavia, il carattere onnicomprensivo di tale ultima previsione, "*certamente utile sul versante applicativo, comporta un non poco trascurabile deficit di determinatezza: è infatti, assai difficile selezionare in via interpretativa le attività rilevanti, con la conseguenza di dover fare i conti con una formula talmente ampia da apparire vuota*" (13).

Riferendoci al caso in esame, possiamo osservare che in effetti *Tiberia* ha tenuto sia condotte meramente ricettive del provento del delitto (si pensi ad esempio al denaro ricevuto da Caio) sia di disposizione, sostituzione e di trasferimento, quali la movimen-

tazione delle somme di denaro su vari conti correnti e l'acquisto di veicoli e immobili. Inoltre, la stessa ha posto in essere anche condotte inquadrabili nell'ampia categoria delle "altre operazioni", ad esempio consegnando denaro contante ad amici e parenti e chiedendo di utilizzarlo per effettuare bonifici sui suoi conti correnti inserendo come causale "restituzione prestito". Dunque, se la normativa in materia di riciclaggio si limitasse a ritenere sufficiente la commissione delle suddette condotte ai fini della configurabilità del reato potremmo sicuramente ritenere sufficiente la fattispecie delittuosa di cui all'art. 648 bis c.p. In ogni caso andrebbe comunque provata la consapevolezza di *Tiberia* circa la provenienza illecita del denaro. Detto passaggio è stato in un certo senso *bypassato* dal tribunale di Genova, in quanto da un lato la consapevolezza è stata ritenuta intrinseca nelle condotte poste in essere, mentre dall'altro appare inverosimile che *Tiberia* non fosse consapevole della provenienza del bene, considerando che i soldi derivavano dalla attività delittuosa del marito (considerazione per altro condivisibile). A riguardo, comunque, si ribadisce che laddove la norma altro non richiedesse se non la prova della commissione delle condotte di trasferimento, sostituzione ovvero "altre operazioni", probabilmente sarebbe necessario esplicitare maggiormente l'effettiva conoscenza o conoscibilità della provenienza illecita del denaro.

Tuttavia, all'interno della norma che sancisce la punibilità del riciclaggio è presente una ulteriore precisazione, ossia che le condotte incriminate stesse debbano essere tenute "in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene oggetto del reato". Tale ulteriore requisito viene interpretato dalla giurisprudenza nei seguenti termini: "ostacolare non significa impedire in modo insormontabile, ma soltanto rendere difficile l'accertamento della provenienza delittuosa della res, attraverso un qualsivoglia espediente" (14). Invero questa affermazione è stata sovente utilizzata in modo improprio, al punto da considerare intrinseca (prescindendo quindi da una valutazione nel caso concreto) in qualsiasi condotta di sostituzione ovvero trasferimento la finalità di ostacolare l'identificazione del bene. Ad esempio, il Tribunale di Lecce, in virtù di una applicazione - ad avviso di chi scrive - erronea, del principio enunciato dalla Corte di Cassazione, ha ritenuto che: "il delitto di riciclaggio, sotto il profilo materiale, risulta integrato dal compimento di condotte volte non solo ad impedire in modo definitivo, ma anche a rendere difficile l'accertamento della provenienza del denaro, dei beni o delle altre utilità, e ciò anche attraverso operazioni che risultino tracciabili" (15). Viene invece quasi sempre riconosciuta rilevanza al requisito dell'idoneità ad ostacolare la tracciabilità della provenienza del bene per quanto riguarda le "altre operazioni", in virtù del loro carattere di indeterminatezza. Tuttavia, in un'ottica di coerenza interna della norma, appare irragionevole riconoscerne la rilevanza solo in quest'ultimo caso e non anche quando siano state poste in essere le altre condotte punite dall'art. 648 bis c.p. Ugualmente si ritiene da evitare una interpretazione prettamente letterale della disposizione - come imporrebbe l'art. 12 delle Pre leggi - che comporterebbe la mancanza di necessità di ravvisare finalità ulteriori rispetto a quelle proprie delle condotte di sostituzione e trasferimento (16). A riguardo occorre considerare che l'art. 648 bis c.p., si è inserito in un contesto normativo che già prevedeva la punibilità del delitto di ricettazione e rispetto a quest'ultimo il legislatore ha voluto introdurre specificatamente una ulteriore previsione volta a sanzionare tutte quelle attività che impedivano la tracciabilità dei proventi illeciti (17). Pertanto, al fine di ravvisare la sussistenza del reato in esame, non si può prescindere da una valutazione in concreto della ostacolazione all'identificazione della provenienza illecita del bene. Lo stesso Tribunale di Genova, in una precedente pronuncia, pone l'accento sulla necessità di una effettiva verifica

della sussistenza del requisito in esame, chiarendo che: "Il delitto di riciclaggio è a forma libera e pertanto può essere integrato da qualsiasi condotta idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene ricevuto" (18). Il termine "idonea", secondo chi scrive, appare dirimente, indicando la necessità di ravvisare la concreta (e non solo astrattamente intrinseca) incidenza della condotta sulla tracciabilità del provento di reato.

In questo senso occorre chiedersi se la condotta della moglie di colui che ha commesso il reato presupposto sia effettivamente idonea ad ostacolare la tracciabilità del denaro. Va da sé, infatti, che in generale i primi soggetti sottoposti ad indagine per quanto riguarda l'accertamento di un eventuale profitto del reato *de quo* sono proprio parenti e amici. A riguardo si rileva che nel caso concreto la condotta non è stata idonea ad impedire o rendere più gravoso l'accertamento della provenienza illecita del denaro, posto che tutte le operazioni compiute utilizzando lo stesso, risultavano perfettamente tracciabili ed ascrivibili a *Tiberia* e sovente anche al marito. A riprova di quanto affermato, si consideri che nel caso di specie il profitto ottenuto da *Tizio* dalla commissione del reato di truffa è stato desunto (probabilmente in consistenza minore rispetto a quanto effettivamente ottenuto), proprio dal denaro nella disponibilità della moglie. Dunque, si può affermare che in concreto le condotte poste in essere non solo non abbiano ostacolato l'identificazione della provenienza del bene, ma che anzi la abbiano in un certo senso agevolata, non essendo il profitto ottenuto da *Tizio* altrimenti non desumibile. A diverse conclusioni si sarebbe arrivati se i coniugi si fossero avvalsi di presta nomi o avessero agito attraverso false identità. Pertanto, difettando il requisito in esame, necessario come si è detto ai fini della sussistenza del delitto di riciclaggio, la condotta di *Tiberia* appare integrare il reato di ricettazione, che non richiede detta ulteriore precisazione, ma si limita a sancire la punibilità di chi "al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare". Esclusi i casi di concorso nel reato. Ed in effetti la condotta posta appare orientata ad ottenere un profitto dal bene provento di reato, che in quanto denaro, per poter essere ottenuto necessita, comunque, di qualche forma di "mobilitazione". Anche le operazioni bancarie sospette, nonché gli acquisti di immobili e di veicoli possono essere inquadrati nell'ottica di occultare per ottenere un profitto, posto che, come si è detto più volte, non hanno comportato in concreto difficoltà all'identificazione della provenienza delittuosa del bene. Inoltre, lo stesso vanto di disponibilità di denaro illimitato di *Tiberia* con gli amici è indicativo del fatto che anche a livello di elemento soggettivo lei volesse effettivamente trarre utilità da questo denaro acquistando oggetti (o vantandosi di poterlo fare, il che in un certo senso può comportare un profitto in termini di soddisfazione morale). Al fine di corroborare la tesi esposta, occorre delineare in maniera compiuta le differenze intercorrenti tra l'art. 648 c.p. e 648 bis c.p.

Un primo orientamento (19), individua il *discrimen* tra le due fattispecie nell'elemento soggettivo. Il dolo di profitto sarebbe proprio del reato di ricettazione, mentre quello di ostacolo del reato di riciclaggio. In particolare, per ciò che attiene l'art. 648 bis "il dolo del delitto di riciclaggio presuppone la consapevolezza della provenienza delittuosa dell'oggetto del riciclaggio e la volontà di ostacolarne, con una condotta idonea, l'identificazione della provenienza e può essere sorretto anche da dolo eventuale che si configura in termini di rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza del denaro da delitto, desumibile dalle circostanze di fatto dell'azione. Il dolo eventuale, infatti, ricorre quando chi agisce si rappresenta come seriamente possibile, sebbene non certa, l'esistenza dei presupposti della condotta, ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare ad essa, accetta

che il fatto possa verificarsi, decidendo di agire comunque”(20). Per quanto riguarda invece l’art. 648 c.p. “sotto il profilo dell’elemento psicologico, è richiesta la certezza in seno all’imputato della provenienza delittuosa del bene in suo possesso e che abbia agito allo scopo di acquisire un profitto illecito”(21). In questi termini si può affermare che nel caso di specie non sussista un dolo di ostacolo, o quanto meno non venga effettivamente provato, posto che l’analisi effettuata risulta essersi maggiormente concentrata sulla sussistenza di condotte di sostituzione o trasferimento, ovvero altre operazioni. Tuttavia, seppur appaia evidente una differenza dal punto di vista dell’elemento soggettivo tra le due fattispecie delittuose, un secondo orientamento ravvisa delle distanze anche sul piano oggettivo. In particolare, la Corte di Cassazione ha ritenuto che: “il delitto di riciclaggio, si distingue da quello di ricettazione in relazione all’elemento materiale, che si connota per l’idoneità ad ostacolare l’identificazione della provenienza del bene, e all’elemento soggettivo, costituito dal dolo generico di trasformazione della cosa per impedirne l’identificazione”(22). Dunque, questa seconda tesi pone l’accento sulla effettiva capacità della condotta di impedire o ostacolare la tracciabilità della provenienza delittuosa del bene, ritenendo comunque necessaria anche la sussistenza della volontà di trasformare la cosa oggetto del reato a tal fine. A riguardo si osserva che - come si è già più volte affermato - non solo la condotta di *Tiberia* non comporta in concreto alcuna difficoltà alla tracciabilità del provento di delitto, ma, anzi, la movimentazione di denaro in eccesso rispetto al suo normale tenore di vita permette di dedurre che lo stesso costituisca parte del provento ottenuto dal marito. Inoltre, occorre rilevare che il bene oggetto della condotta posta in essere è il denaro, il quale per sua stessa natura impone che per poterne trarre un profitto, gli vengano apportate alcune modifiche (23). Pertanto, in assenza di un concreto ostacolo alla tracciabilità del bene come provento di delitto, il dolo di “trasformazione” deve essere apprezzato in tal senso.

Dunque, tutto ciò premesso, si può affermare che sia in termini soggettivi che oggettivi, la normativa in cui appare maggiormente ascrivibile la condotta tenuta da *Tiberia* è quella in materia di ricettazione e non di riciclaggio.

Quanto sin ora affermato non è privo di risvolti pratici. Infatti, la condotta delittuosa di *Tiberia*, laddove la si consideri riconducibile al reato di ricettazione, non è punibile ai sensi dell’art. 649 c.p. per quanto concerne la parte di denaro presumibilmente ricevuta dal marito della stessa. Residua, invece, un margine di punibilità per ciò che attiene la somma di euro 4906 euro ricevuta da *Caio* che non rientra nell’ambito di operatività della norma poc’anzi menzionata. Ciò ha delle evidenti ripercussioni sulla determinazione del *quantum* della pena, la quale in considerazione del ragionamento sin ora prospettato avrebbe dovuto essere meno afflittiva.

4. Conclusioni.

La pronuncia in commento appare pienamente condivisibile per ciò che attiene la condanna per il reato di truffa, la mancata configurazione della associazione a delinquere e la ravvisata sussistenza dei reati tributari di cui al D.L.vo 74/200. Tuttavia, non si concorda con la raffigurabilità del delitto di riciclaggio, che in considerazione delle condotte poste in essere avrebbe dovuto essere riqualificato nel reato di ricettazione. Tale circostanza potrebbe dare adito a contestazioni in sede di appello.

Dott.ssa Cecilia Gentile

Note.

(1) I requisiti che differenziano l’associazione per delinquere dal concorso di persone nel reato si ravvisano: 1) nel vincolo associativo, tendenzialmente stabile o permanente tra tre o più soggetti, destinato a durare anche dopo la realizzazione di ciascun delitto programmato; 2) nella indeterminatezza

del programma criminoso a fronte invece, del vincolo occasionale tra più persone circoscritto alla realizzazione di uno o più reati determinati tipico del concorso di persone nel reato;3) nell’esistenza di una stabile struttura, risultante dall’organizzazione di uomini e mezzi, funzionale a realizzare gli obiettivi criminosi programmati (così, Cass. Pen., Sez. I, 10.01/14, n. 9284).

(2) Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 10.01.14, n. 9284 in De Jure.

(3) Cfr. T.Masini, “Riciclaggio e traffico illecito di veicoli”, Giuffrè editore, Milano 2009. Pag. 2.

(4) Una prima formulazione - rubricata “sostituzione di denaro o valori provenienti di rapina aggravata, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di estorsione” - puniva - chiunque - poneva in essere “fatti o atti diretti a sostituire denaro o valori” provenienti dai tre detti delitti. Una successiva formulazione, che questa volta recava come rubrica “riciclaggio” sanciva invece, la punibilità della condotta di “sostituzione” di denaro, beni o altre utilità, dei delitti ricompresi nella prima formulazione, e dei delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti con altro denaro, beni o altre utilità dei delitti suddetti. Cfr. T.Masini, “Riciclaggio e traffico illecito di veicoli”, Giuffrè editore, Milano 2009. Pag. 2 e 3.

(5) Lo stesso vale per la ricettazione e il favoreggiamento reale (artt. 648 e 379 c.p.).

(6) Cfr. T.Masini, “Riciclaggio e traffico illecito di veicoli”, Giuffrè editore, Milano 2009. Pag. 6.

(7) Anche se, almeno per quanto attiene il reato di ricettazione, parte della giurisprudenza ritiene essere necessario un delitto che quanto meno comporti lo “spoglio” di un bene appartenente a terzi. Cfr. T.Masini, “Riciclaggio e traffico illecito di veicoli”, Giuffrè editore, Milano 2009. Pag. 7.

(8) Viene invece provato - ai fini della affermazione della penale responsabilità per il delitto di truffa in concorso con altri soggetti - il profitto ottenuto da colui che ha ricevuto la carne.

(9) Cass. Pen. II Sez 15.12.2021, n. 6584. In De Jure.

(10) Tribunale di Taranto, sez. I, 07.10.2021, n.1416. In De Jure.

(11) Cfr. A.M. Dell’Osso, “Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale”. Giappichelli editore, Torino 2017. Pag. 104.

(12) Cfr. A.M. Dell’Osso, “Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale”. Giappichelli editore, Torino 2017. Pag. 105. Sostiene che questa impostazione ritenendo che si tratti di una creazione di carattere giurisprudenziale, volta a evidenziare un *quid pluris* sul piano oggettivo rispetto al delitto di ricettazione. Tuttavia, non ha particolare rilevanza per ciò che attiene la differenziazione tra le due fattispecie in esame in quanto incide solo sulla condotta di sostituzione e non sulle altre.

(13) A.M. Dell’Osso, “Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale”. Giappichelli editore, Torino 2017. Cit pag 107. L’autrice attribuisce tuttavia una valenza quantomeno selettiva all’accezione in esame, ritenendo che riferendosi a operazioni (dunque condotte commissive) pare escludere rilevanza alle condotte meramente omissive.

(14) Cass. Pen., Sez II, 12.01.2006, n.2919. cfr A.M. Dell’Osso, “Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale”. Giappichelli editore, Torino 2017. Pag 108.

(15) Tribunale di Lecce, Sez. I, 10.01.2022, n. 2403. In De Jure.

(16) Cfr. T.Masini. Riciclaggio e traffico illecito di veicoli”, Giuffrè editore, Milano 2009. Pag 22.

(17) La norma è nata proprio per far fronte all’ostacolo all’identificazione dei proventi derivanti dal reato di sequestro di persona.

(18) Tribunale di Genova, Sez. II, 04.03.2022, n. 786. In De Jure.

(19) Cass. Pen., Sez. II, 12.07.2016, n. 33076. Cfr. A.M. Dell’Osso, “Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale”. Giappichelli editore, Torino 2017. Pag. 137.

(20) Cass. penale, Sez. II, sentenza n. 26208 del 09.03.2015, in Cass. penale, Sez. II, sentenza n. 43348 del 30.09.2014. In De Jure.

(21) Tribunale Torre Annunziata, 10/11/2021, n.2257. In De Jure.

(22) Cass. Pen. Sez. II. 6.11.2015, n. 48316. Cfr. A.M. Dell’Osso, “Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale”. Giappichelli editore, Torino 2017. Pag. 138.

(23) Cfr. A.M. Dell’Osso, “Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale”. Giappichelli editore, Torino 2017. Pag. 138.

Massimario

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 12 luglio 2022, n. 2702 - G.O.P. Dallara.

DELITTI - furto tentato - porto di armi - sospensione del procedimento con messa alla prova.

(Artt. 624 e 625 c. 1, n. 1, 3 e 5 c.p., art. 4 l. 110/1975)

Nell'ipotesi del reato di cui agli artt. 56, 624 e 625 c.1 n. 1 - 3 - 5 del codice penale (e più precisamente nel caso di tentato furto di tre pinze e una chiave a rullino dal valore complessivo di 97,60 €) e di cui all'art. 4 l. 110/1975, è stata disposta la sospensione del procedimento con messa alla prova per 6 mesi prescrivendo 100 ore di lavori di pubblica utilità unitamente alla donazione da parte dell'imputato di € 100,00 a favore dell'Istituto Giannina Gaslini come forma di riparazione per il reato commesso.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 7 luglio 2022, n. 2613 - G.O.P. Lovesio.

DELITTI - ricettazione - introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi - sospensione del procedimento con messa alla prova.

(Artt. 99 c. 4, 474 e 648, c.p.)

Nell'ipotesi dei reati di cui agli artt. 648, 474 e 99 c. 4 del codice penale (e più precisamente della ricettazione di giubbotti, t-shirt, costumi e borse) è stata disposta la sospensione del procedimento con messa alla prova per 6 mesi prescrivendo 20 settimane di lavori di pubblica utilità che poi sono stati svolti per 80 ore unitamente alla donazione da parte dell'imputato di € 150,00 in favore dell'Istituto Giannina Gaslini come forma di riparazione per il reato commesso.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 luglio 2022, n. 2666 - Giudice Polidori.

DELITTI - truffa - falsità ideologica - accesso abusivo a sistema informatico - sospensione del procedimento con messa alla prova.

(Artt. 480, 491 bis, 493, 615 e 640 ter, c.p.)

Nell'ipotesi dei reati di cui agli artt. 640, 615 ter, 480, 491 bis e 493 del codice penale è stata disposta la sospensione del procedimento con messa alla prova per 8 mesi prescrivendo 45 giorni di lavoro di pubblica utilità che poi sono stati svolti per 90 ore.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 08 luglio 2022, n. 2631 - Giudice Parentini.

DELITTI - violazione degli obblighi di assistenza familiare - sospensione del procedimento con messa alla prova.

(Art. 570, c.p.)

Nell'ipotesi del reato di cui all'art. 570 del codice penale (commesso dal 2008 in permanenza), è stata disposta la sospensione del procedimento con messa alla prova per 12 mesi prescrivendo

40 settimane di lavoro di pubblica utilità che poi sono stati svolti per 200 ore unitamente al raggiungimento di un accordo transattivo con la Parte Civile costituita circa il pagamento degli assegni di mantenimento dovuti.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 4 luglio 2022, n. 2549 - Giudice Baldini.

DELITTI contro la persona - lesioni personali stradali gravi - sospensione del procedimento con messa alla prova.

(Art. 590 bis c. 2, c.p.)

Nell'ipotesi del reato di lesioni personali stradali giudicate guaribili in più di giorni 40 commesso da soggetto postosi alla guida in stato di ebbrezza (con tasso alcolemico pari a 2,10 g/l), verificato il risarcimento dei danni alla persona offesa, è stata disposta la sospensione del procedimento con messa alla prova per 4 mesi prescrivendo 1 mese di lavoro di pubblica utilità che poi sono stati svolti per 60 ore unitamente a un percorso da svolgersi con l'ASL.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 5 luglio 2022, n. 2574, Giudice Cingano.

PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO - reati ambientali - inquinamento - sversamento di rifiuti in acque superficiali - natura del rifiuto - entità del materiale - inapplicabilità.

(Art. 131 bis, c.p.; art. 256 d.l. 3 aprile 2006, n. 152)

Non si può applicare la causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p. invocata dalla difesa degli imputati per il reato di cui all'art. 256 c. 1 lett. a) e c. 2 in relazione all'art. 192 c. 2 D. Lgs. 152/2006 in un caso di immissione nelle acque superficiali del Rio Cereghetta nei pressi del Comune di Rapallo di rifiuti speciali non pericolosi costituiti da acque di perforazione classificabili come soluzioni acquose di scarto e residui di cemento visto il tipo di lavorazioni oggetto del lavoro di appalti dal quale il materiale è originato (interventi di messa in sicurezza e consolidamento delle calotte in una galleria autostradale) in considerazione inoltre dell'oggettiva entità del materiale immesso e dell'estensione dello sversamento (circa 60 metri).

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 5 luglio 2022, n. 2589 - Giudice Pisaturo.

PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO - armi - porto di oggetti atti ad offendere - speciale tenuità - circostanze del fatto - lunghezza arma - tipologia strumento - ora notturna - inapplicabilità.

(Art. 131 bis, c.p.; art. 4 l. n. 110/1975)

Non è applicabile la causa di non punibilità prevista dall'art. 131 bis c.p. nel caso di contestazione del reato di cui L. 110/1975 in relazione al porto di un coltello a scatto di lunghezza complessiva di 14 cm (di cui 6 cm di lama): questo sia per la tipologia dello strumento che per l'ora notturna in cui si è verificato il porto del medesimo.

Sezione di deontologia forense

Documenti

Sentenza penale e procedimento disciplinare

Fabio De Santis

Avvocato, Segretario del CDD di Genova

Sommario: 1. I termini della questione. - 2. La sentenza penale di condanna. - 3. La sentenza penale di assoluzione. - 4. Il patteggiamento e gli provvedimenti penali.

1. I termini della questione.

È principio assodato che “Il procedimento disciplinare si svolge ed è definito con procedura e con valutazioni autonome rispetto al processo penale avente per oggetto i medesimi fatti” (così Art. 54 primo comma Legge Forense “Rapporto con il processo penale”), così come, non può essere negato, che sussistano inevitabilmente diverse “connessioni e interferenze” tra il processo penale e le varie fasi del procedimento disciplinare.

Difatti, il procedimento disciplinare, può essere sospeso sul nascere a determinate condizioni e a tempo determinato: “Se, agli effetti della decisione, e 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” (così recita l’art. 54.2 Legge Forense); in fase di esecuzione (di competenza del COA) per il computo della sanzione, l’art. 54.4 Legge Forense prevede che “La durata della pena accessoria dell’interdizione dall’esercizio della professione inflitta dall’autorità giudiziaria all’avvocato e computata in quella della corrispondente sanzione disciplinare della sospensione dall’esercizio della professione”.

per la riapertura del procedimento disciplinare, l’art. 55.1 Legge Forense (“Riapertura del procedimento) stabilisce che: Il procedimento disciplinare, concluso con provvedimento definitivo, e riaperto:

a) se è stata inflitta una sanzione disciplinare e, per gli stessi fatti, l’autorità giudiziaria ha emesso sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l’incolpato non lo ha commesso. In tale caso il procedimento è riaperto e deve essere pronunciato il proscioglimento anche in sede disciplinare;

b) se è stato pronunciato il proscioglimento e l’autorità giudiziaria ha emesso sentenza di condanna per reato non colposo fondata su fatti rilevanti per l’accertamento della responsabilità disciplinare, che non sono stati valutati dal consiglio distrettuale di disciplina. In tale caso i nuovi fatti sono liberamente valutati nel procedimento disciplinare riaperto.

Senza dimenticare

- l’influsso dell’azione penale agli effetti e per la decorrenza della prescrizione dell’azione disciplinare, infatti “in tema di procedimento disciplinare derivante da fatti costituenti reato per cui sia iniziata un’azione penale, il termine di prescrizione decorre dal passaggio in giudicato della sentenza penale stesso che non siano di proscioglimento perché il fatto non sussiste o perché l’imputato non lo ha commesso” (1), il forte legame che esiste tra il diverso (per presupposti e ratio) procedimento disciplinare cautelare (di competenza

del Consiglio di Disciplina) e i provvedimenti emessi dal giudice penale;

- l’incidenza dell’istruttoria penale con il potere discrezionale dei consigli di disciplina nell’acquisire e valutare la conferenza rilevanza di tali prove “atipiche” (2) ai fini della propria decisione;
- l’influenza tra il procedimento disciplinare e il processo penale, per i medesimi fatti, è ancora più sentita quando in pendenza del primo sussistano, o sopraggiungono, sentenze penali a carico dell’incolpato.

Oggi limiteremo la nostra attenzione sulla rilevanza, nel procedimento disciplinare, di alcune sentenze penali che troppo spesso vengono utilizzate a sostegno della propria difesa da incolpati poco attenti alle peculiarità dei procedimenti e senza tener conto delle diverse decisioni penali.

2. La sentenza penale di condanna.

Partendo dal dato normativo, l’art. 653 cpp statuisce che “... La sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso”, ciò comporta e non si può sostenere e scomodare, come tesi difensiva, che i due procedimenti siano distinti ed autonomi, e pertanto la sentenza penale di condanna non abbia alcun effetto nel procedimento disciplinare, tentando e richiedendo così al Consiglio di disciplina di “replacare” il processo penale e/o intraprendere una nuova istruttoria (in dibattimento) su quei medesimi fatti al fine di “confutare” quanto già sottoposto al vaglio penale.

I fatti e la responsabilità dell’incolpato accertati penalmente, con efficacia di giudicato, non potranno essere rimessi in discussione davanti al Consiglio di disciplina che potrà soltanto valutare se tali fatti, già accertati, abbiano una rilevanza disciplinare.

Al Consiglio di disciplina è rimessa esclusivamente una autonoma valutazione, della rilevanza deontologica della condotta dell’incolpato (accertata in sede penale) nonché la determinazione, in concreto, dell’eventuale sanzione da applicare ai fatti addebitati.

3. La sentenza penale di assoluzione.

Preliminarmente dobbiamo sottolineare che la sentenza penale di assoluzione, che non sia di proscioglimento perché il fatto non sussiste o perché l’imputato non lo ha commesso è irrilevante in sede disciplinare. In altre parole la sentenza penale di assoluzione che implichi l’irrelevanza penale dei fatti commessi dall’imputato non esclude di per sé che gli stessi fatti possano avere un rilievo disciplinare.

Infatti l’incipit dell’art. 653 cpp (sopra richiamato) statuisce che “la sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all’accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l’imputato non lo ha commesso... Quindi “Nel caso di proscioglimento in sede penale occorre distinguere: qualora l’assoluzione sia stata pronunciata perché il fatto non sussiste, l’esclusione dell’ontologia del fatto ne impedisce la valutazione anche disciplinare, mentre se essa è intervenuta

perché il fatto non costituisce reato, riconoscendone l'ontologia ed escludendo la sola rilevanza penale, l'organo disciplinare può e deve valutarlo sotto il profilo deontologico, giacché gli stessi fatti irrilevanti in sede penale ben possono, invece, essere idonei a ledere i principi della deontologia professionale e dar luogo, pertanto, a responsabilità disciplinare". (3) Quindi, per gli stessi principi anche l'assoluzione per errata qualificazione giuridica dei fatti posti a base dell'imputazione penale è irrilevante ai fini della valutazione disciplinare poiché "nell'ipotesi in cui il giudice penale emetta una sentenza di assoluzione, inerente la sola errata qualificazione giuridica dei fatti posti a base dell'imputazione, il CDD dovrà compiere una autonoma valutazione della sussistenza dei fatti addebitati e della loro rilevanza disciplinare". (4) È da notare che la giurisprudenza disciplinare ha evidenziato che la successiva e parziale assoluzione in sede penale per alcuni dei fatti contestati non impone automaticamente, in sede di riapertura del procedimento disciplinare, una corrispondente riduzione e rideterminazione della sanzione già irrogata dal Giudice disciplinare. (5)

La sentenza di assoluzione penale, in senso lato, non può essere assimilata alle altre decisioni penali di proscioglimento come alcuni incolpati "tentano" di sostenere a propria difesa in dibattimento per richiedere una decisione di non luogo a provvedimento disciplinare.

Tali tesi e "imprecisioni" non si rinvergono solo in sede di procedimento disciplinare, ma vengono sostenute anche in altre e diverse sedi processuali (che poi hanno comportato strascichi disciplinari a carico del difensore che sosteneva tali tesi). (6)

4. Il patteggiamento e altre decisioni penali.

In sede disciplinare "la sentenza penale di applicazione di pena su richiesta delle parti è equiparata alla sentenza di condanna. Ne consegue che essa esplica funzione di giudicato nel procedimento disciplinare quanto all'accertamento del fatto, alla sua illiceità penale e alla responsabilità dell'incolpato". (7)

Si ricorda altresì che la giurisprudenza disciplinare ha ritenuto del tutto irrilevante in sede disciplinare la concessione dei "benefici della non menzione e della sospensione della pena (che in sede penale costituisce conseguenza della scelta del rito e dell'incensuratezza), nonché dell'amnistia e dell'indulto". (8)

Per quanto sinora rilevato, va da sé che la sentenza penale di proscioglimento, per estinzione del reato per intervenuta prescrizione non svolge alcuna incidenza sulla valutazione ed affermazione di eventuali responsabilità in sede disciplinare (9) né impone il proscioglimento automatico dell'incolpato in sede disciplinare.

Il giudice del disciplinare (se non prescritta l'azione disciplinare) dovrà valutare e verificare se il comportamento contestato penalmente, sia deontologicamente rilevante e se tali condotte, poste in essere dall'incolpato, siano contrarie ai principi deontologici della professione forense.

Eppure, non è raro sentire richiedere in sede disciplinare il proscioglimento dell'incolpato per il semplice (ed esclusivo) fatto di aver ottenuto un proscioglimento in sede penale per prescrizione del reato, per la mancanza delle condizioni di procedibilità e/o per impossibilità di assoluzione nel merito ex art. 129 c.p.p.. (10)

Infine nemmeno la sentenza penale di "esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto" ex 131 bis c.p., non esclude la responsabilità disciplinare dell'incolpato né l'applicabilità di una sanzione disciplinare che dovrà essere determinata in concreto secondo i principi disciplinari.

E comunque opportuno rammentare che ai sensi dell'art.651 bis c.p.p. la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pro-

nunciata per particolare tenuità del fatto ha "efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso".

Non è sostenibile la difesa dell'incolpato che richieda soltanto in virtù della tenuità del fatto, presupposto necessario del provvedimento penale, il proscioglimento in sede disciplinare e/o l'esclusione di una sanzione disciplinare eventualmente con l'applicazione di un richiamo verbale (che non è una sanzione disciplinare) sull'assunto che il giudice penale abbia già ritenuto il fatto "lieve".

Il Consiglio di disciplina, nella sua autonomia di valutazione dei fatti, non dovrà né potrà essere vincolato, alla "tenue offensività" del fatto, così come già determinata dal Giudice penale (ex art. 131 bis cp) nel "suo" processo.

Il Consiglio di disciplina valuterà complessivamente e autonomamente, riaffermando quel principio normativo di autonomia dei procedimenti, i fatti e la condotta dell'incolpato (ex art. 21 e 22 del codice deontologico) al fine di verificare ed accertare se tale condotta abbia leso il dovere di probità e correttezza professionale disciplinata dal nostro ordinamento forense e dal codice deontologico (a cui il Consiglio di Disciplina è vincolato).

Una volta assodato che il comportamento dell'incolpato abbia leso la dignità e il decoro della classe forense, il Consiglio di disciplina emetterà, in piena autonomia di giudizio e nei limiti dell'ordinamento forense, il provvedimento disciplinare ritenuto più congruo al caso concreto.

Note.

(1) Sul tema, da ultimo vedi Consiglio Nazionale Forense sent. n. 4 del 23 febbraio 2022

(2) Sul tema da ultimo vedi Consiglio Nazionale Forense sent. 56 del 13 maggio 2022

(3) Corte di Cassazione, SS.UU, sentenza n. 9547 del 12 aprile 2021, Corte di Cassazione, SS.UU, sent. n. 12902 del 13 maggio 2021, Consiglio Nazionale Forense, sent. n. 186 del 25 ottobre 2021

(4) Consiglio Nazionale Forense sent. n. 46 del 9 maggio 2022

(5) Consiglio Nazionale Forense sent. n. 104 del 5 maggio 2021, sul tema vedasi Consiglio Nazionale Forense sent. n. 81 del 28 aprile 2021, Consiglio Nazionale Forense, sent. n. 130 del 17 luglio 2020, nonché Consiglio Nazionale Forense sentenza n. 156 del 7 dicembre 2019, nonché Corte di Cassazione SS.UU, sent. n. 20383 del 16 luglio 2021 (che ha superato il proprio precedente orientamento espresso con la sentenza n. 2506 del 4 aprile 2020).

(6) Corte di Cassazione SS.UU, sent. n. 41990 del 30 dicembre 2021 "...commette illecito disciplinare l'avvocato che agisca per il risarcimento del preteso danno non patrimoniale subito dal proprio cliente asseritamente assolto in sede penale ma in realtà prosciolto per motivi processuali (nella specie, per mancanza di querela)"

(7) Da ultimo Consiglio Nazionale Forense, sent. n. 6 del 23 febbraio 2022

(8) cfr. infine Consiglio Nazionale Forense sent. n. 42 del 12 giugno 2019, nonché Corte di Cassazione, SS.UU, sent. n. 14039 dell'8 luglio 2016.

(9) Consiglio Nazionale Forense, sent. n. 245 del 18 dicembre 2020, vedasi altresì Consiglio Nazionale Forense, sent. n. 28 del 6 maggio 2019 nonché Consiglio Nazionale Forense, sent. n. 8 del 3 aprile 2019.

(10) Consiglio Nazionale Forense, sent. n. 46 del 9 maggio 2022, tra le altre, Consiglio Nazionale Forense, sent. n. 219 del 30 novembre 2021, Consiglio Nazionale Forense sent. n. 245 del 18 dicembre 2020, nonché Consiglio Nazionale Forense sent. n. 8 del 3 aprile 2019.