

# Nuova GIURISPRUDENZA ligure

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Anno XXVI n. 3 SettembreDicembre 2024



ALL'INTERNO

## NotiziariO

DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI GENOVA

### EDITORIALE

*Michele Marchesiello (1941-2024)*

### DIRITTO CIVILE

Corte di Cassazione, 5 agosto 2024, n. 22103  
*Criteri per l'individuazione della demanialità marittima*

Corte di Cassazione, 7 ottobre 2024, n. 26127  
*Accordi patrimoniali tra coniugi sul trasferimento della casa*

Guido Alpa  
*Il "diritto vivente" nella motivazione delle sentenze civili*

Massimo A. Chiocca  
*Sulla sanzione pecuniaria in condominio: 30 anni dopo*

### DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE REGIONALE

Pasquale Costanzo  
*Migranti climatici: quid iuris?*

### DIRITTO PENALE

Ignazio Grisafi  
*La responsabilità penale del medico psichiatra*

### DEONTOLOGIA FORENSE

Fabio De Santis  
*Compenso professionale e patto di quota lite*

# VILLA SERENA

LA TUA SALUTE, LA NOSTRA PRIORITÀ

## ALCUNE SPECIALITÀ

Ortopedia  
e Traumatologia

Medicina e  
Chirurgia generale

Ginecologia  
e Urologia

Oncologia  
e Senologia

Chirurgia plastica,  
estetica e ricostruttiva

Gastroenterologia

Centralità della persona, umanizzazione delle cure e approccio medico multidisciplinare sono alla base dei **percorsi completi di prevenzione, diagnosi e cura** di **Villa Serena**, struttura polispecialistica che fa parte di GVM Care & Research, il Gruppo Ospedaliero Italiano.

**Villa Serena** eroga **prestazioni in ricovero, day hospital e ambulatoriali**.

Dispone di **innovative sale operatorie**, una nuova **Terapia Intensiva** e tecnologie all'avanguardia come **TC 512 Slices**, Ecocardiografia e Mammografia 3D.

È convenzionata con Fondi Sanitari Integrativi, Casse Mutua e Assicurazioni Sanitarie.



**Villa Serena**

Piazza G. Leopardi 18, Genova

☎ 010 3535111

[www.villaserenage.it](http://www.villaserenage.it)



**GVM**  
CARE & RESEARCH



## NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

Rivista quadrimestrale di giurisprudenza

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

---

### Comitato Scientifico

Guido Alpa, †Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Luigi Cocchi, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Gisella De Simone, Antonino Dimundo, Riccardo Ferrante, Andrea Fusaro, Antonio Lovisolo, †Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, †Paolo Pisa, Annamaria Peccioli, 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, Carlo Iavicoli, 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.), Paolo Donadoni, Stefano Faccio (S.F.), Michela Ferraris (M.F.), Antonio Fontana (A.FONT.), Serafina Funaro (SE.F.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

### Sezione di diritto del lavoro

Corrado Marvasi, Stefano Torchio (ST.TO.)

*Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale*  
Pasquale Costanzo, Lara Trucco

### Sezione di diritto tributario

Antonio Lovisolo

### Sezione di diritto penale

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

### Sezione di deontologia forense

Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

---

## COLLABORATORI

### Sezione di diritto civile

Flavia Abbondanza (FL.A.), Federica Adorni (FAD.), Francesca Bagnasco (FBGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bardi (FBARD.), Francesca Bartolini (FBART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Silvio Bertieri (SB), Marzio Bini (MA.BN.), Filippo Biolè, Antonio Bisignani, Lavinia Botto, Elisa Brigandi (EL.BR.), Chiara Caccavale (C.CCV.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Calдини, Claudia Campanale (C.C.), Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Nicole Carnevale, Alessandro Castino, 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.), Michele Dasso, Annamaria De Luca (A.DL.), Andrea De Sario (A.D.S.), Raffaella Demaria (R.D.), Matteo Demetri (M.DEM.), Andrea De Sario, Gianvittorio Domini (G.V.D.), Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Gabriele Fazzeri (GA.FZR.), Daniele Ferrari (D.F.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.),

Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Francesco Ghisiglieri (FGHI.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Barbara Grasso, Christian Graziano (C.GRA.), Giuseppe Inglese (G.ING.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Andrea Lanza (A.L.), 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.), Federico Montaldo (F.M.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Francesca Paderno, Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Francesco Peloso (FP), Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Mario Riccomagno, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Fabio Toriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Jenny Verduci (J.V.), Camilla Vicini, Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Matilde Vita (M.V.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.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:*  
Giovanni Botto (G.BO.), (Luca Costanzo (L.C.), Pasquale Costanzo (P.C.), Armando Giuffrida (A.G.), Sara Scazzola (S.SC.), Matteo Timo (M.T.), Lara Trucco (L.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 Duina, Luca Aldo Forlani, Cecilia Gentile, Ignazio Grisafi, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Lisa Martinelli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Pontepirino, Luigi Sannino (L.SN.), Valter Semino, Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.)

### 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

<hr/>		<i>Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale</i>	
<i>Editoriale</i>			
<i>Michele Marchesiello (1941-2024)</i>	<b>3</b>	<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>	
<hr/>		Corte di Cassazione, sez. un., 7 ottobre 2024	<b>50</b>
<i>Sezione di diritto civile</i>		<b>Massimario</b>	<b>54</b>
<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>		<b>Documenti</b>	
Corte di Cassazione, sez. I civ., 5 agosto 2024	<b>4</b>	<i>Migranti climatici: quid iuris?</i>	
Tribunale di Savona, 20 agosto 2024	<b>8</b>	Pasquale Costanzo	<b>56</b>
Corte di Cassazione, sez. III civ., 7 ottobre 2024	<b>14</b>	<b>Recensioni</b>	
Senato di Genova, 15 marzo 1836	<b>21</b>	LARA TRUCCO, <i>Natura e Sentimento nel Diritto</i>	
<i>Una questione in materia successoria decisa dal Senato di Genova letta alla luce dei principi di diritto civile attualmente vigenti.</i>		Alessandro Barca	<b>61</b>
Francesco Peloso		<hr/>	
<b>Massimario di diritto civile e di diritto del lavoro</b>	<b>24</b>	<i>Sezione di diritto tributario</i>	
<b>Documenti</b>		<b>Massimario</b>	<b>62</b>
<i>Il “diritto vivente” nella motivazione delle sentenze civili.</i>		<hr/>	
Guido Alpa	<b>30</b>	<i>Sezione di diritto penale</i>	
<i>Sulla sanzione pecuniaria in condominio: 30 anni dopo.</i>		<b>Massimario</b>	<b>66</b>
Massimo A. Chiocca	<b>36</b>	<b>Documenti</b>	
<b>Recensioni</b>		<i>La responsabilità penale del medico psichiatra: il difficile rapporto tra libertà di cura e rischio della “medicina dell’obbedienza giurisprudenziale”</i>	
REALINO MARRA, <i>L’eredità di MaxWeber. Cultura, diritto, realtà.</i>		Ignazio Grisafi	<b>69</b>
Guido Alpa	<b>42</b>	<hr/>	
<i>Il diritto civile in prospettiva storico-comparatistica.</i>		<i>Sezione di deontologia forense</i>	
<i>Recensione a</i>		<b>Documenti</b>	
ANDREA FUSARO, <i>Lezioni di diritto privato comparato. Introduzione alla comparazione giuridica e ai sistemi giuridici. Istituti del diritto privato.</i>		<i>Alcuni principi in tema di compenso professionale e spunti di riflessione sul patto di quota lite.</i>	
Andrea Alberto Belloli	<b>43</b>	Fabio De Santis	<b>77</b>

## Editoriale

**Michele Marchesiello (1941-2024)**

È difficile parlare di un caro Amico a pochi mesi dalla sua scomparsa, ed ancora più difficile se quell' Amico aveva la personalità poliedrica di Michele Marchesiello: magistrato, certo, ma anche poeta, narratore, filosofo, saggista, commediografo, critico, traduttore, pubblicista, oratore, e animatore di iniziative culturali. Parole e qualifiche non bastano a restituire l'immagine di una persona colta, elegante, affabile e semplice nei modi: le sue esitazioni nel susseguirsi delle parole riassumevano in sé la profondità del pensiero e la vastità della sua cultura. Dal suo modo generoso di porsi in ascolto dell'altro traspariva il suo carattere rigoroso, ma al tempo stesso, anche la sua ironia. La sua conversazione ricca e divertente era un ulteriore dono che distribuiva non solo agli amici, ma anche ai casuali interlocutori. Viveva nel mondo, ma ne conosceva il disincanto, e si era ritagliato il suo mondo, popolato di libri, di scritti, di prove e di bozze. Era rigorosissimo magistrato, ma non era indurito dal mestiere. Amava il diritto, ma non ne nascondeva l'ambiguità e il formalismo. Propugnava i diritti della persona, ben sapendo che la lotta per i diritti non si arresta mai, e che occorre sacrificarsi per essi momento per momento: Michele era generoso, e non lesinava i sacrifici. La sua curiosità intellettuale spaziava dal diritto alla filosofia, alla storia, all'analisi dei fatti di costume. Si è cimentato in tutti i generi letterari, e mi piace ricordarlo come scrittore di libri - i bei libri che ci rimbalzano dai cataloghi degli editori e dalle immagini di internet, quasi co-

struendo un sentiero costellato da segni che ne dipingono la personalità eclettica.

Alla sua scomparsa, i quotidiani hanno ricordato che Michele aveva collaborato con le più alte istituzioni italiane e internazionali, dal Consiglio Superiore della Magistratura, al Ministero della Giustizia, dal Tribunale internazionale dell'Aja alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, dal Dipartimento di Stato Usa, a diverse Università italiane. Ma sono, almeno per me, oltre alle giornate passate insieme e alle discussioni, anche animate, che si facevano con gli amici, sono i libri che ci ha lasciato il modo per tenerlo vicino.

Ecco, a parte i libri di costume, in cui rievoca lo stile di Umberto Eco, e a parte i contributi di contenuto tecnico e di politica del diritto, a parte l'analisi disincantata della città dove viveva e del suo ambiente politico economico e sociale, i libri in cui Michele ha misurato la sua fervida cultura e la sua feconda intelligenza sono quelli in cui egli ci parla della trasfigurazione del diritto: Shakespeare in law, Pinocchio e l'immagine della legge, I sogni del Giudice Navarra sono oramai classici insuperati.

I suoi libri ci parlano di lui, anche se non riescono a colmare il vuoto per la sua perdita: e tuttavia ci invitano a pensare che la sua sia stata solo una scomparsa alla percezione visiva, e che egli sia ancora qui, in mezzo a noi, noi a combattere per i valori che ci uniscono.

**Guido Alpa**

**BIBLIOGRAFIA DI MICHELE MARCHESIELLO**

*Tuttavia... Repertorio ragionato di oggetti prediletti*, SIDO (Genova), 2023.

*Tutto qua?! Repertorio ragionato di oggetti ostili*, SIDO (Genova), 2021.

*Dopo l'Italia. Come sopravvivere alla dissoluzione del Belpaese*, Il Canneto Editore, 2021.

*Diritto di resistenza. Come fare la rivoluzione attraverso il diritto*, EGA-Edizioni Gruppo Abele, 2020.

*Felicità. 41 variazioni sul tema*, Esi, 2017.

*Shakespeare in law. Il diritto come «Commedia degli errori»*, De Ferrari editore, 2015.

*Politica e magistratura, la vocazione della responsabilità. Un omaggio a Max Weber*, Il Canneto Editore, 2014.

*Notizie da Timbuctù*, De Ferrari editore, 2013.

*Gli inglesi di casa Cambiaso. Dai ricordi familiari di F. A. Y. Brown*, De Ferrari, 2012.

*Storie innaturali*, De Ferrari editore, 2011.

*Una nuova giustizia per l'impresa. I metodi ADR*, Experta, 2009.

*Genio e regolatezza. I diritti di proprietà intellettuale nell'età di Internet*, Aracne, 2009.

*Pinocchio e l'immagine della legge. In principio era il legno*, De Ferrari editore, 2002.

*Le ombre del palazzo. Congetture su Genova e il diritto*, De Ferrari editore, 1997.

## Sezione di diritto civile

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte di Cassazione, sez. I civ., 5 agosto 2024, n. 22103 - Pres. Valitutti - Rel. D'Orazio - SL c. Agenzia del Demanio e c. PRM, BG e Comune di Sori.

(Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Genova 19 aprile 2019, n. 580. Cassa in ordine ai motivi accolti, con rinvio alla Corte d'Appello di Genova).

### **DEMANIO marittimo - demanialità - criteri per l'individuazione.**

(Art. 822 c.c. e artt. 28 e 35 cod. nav.)

*Per stabilire se un'area rivierasca appartenga al demanio marittimo, sono decisive le seguenti circostanze: 1) che l'area sia normalmente coperta dalle mareggiate ordinarie; 2) che, sebbene non sottoposta a mareggiate ordinarie, sia stata in antico sommersa e tuttora utilizzabile per uso marittimo; 3) che, comunque, il bene sia necessariamente adibito ad usi attinenti alla navigazione (accesso, approdo, tirata in secco di natanti, operazioni attinenti alla pesca da terra, operazioni di balneazione) anche solo allo stato potenziale. In assenza di tali requisiti, l'area non può considerarsi demaniale ab origine e non necessita di un provvedimento di sdemanializzazione ex art. 35 cod. nav.*

(...Omissis...)

#### **Rilevato che:**

1. Gli attori S.L., e altri, quali condomini, e il Condominio di Via (...omissis...), deducevano, nei confronti dell'Agenzia del demanio (ADD) e del Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), che il condominio era composto dai 2 corpi di fabbrica, che sorgevano sulla sommità di un'alta e ripida costa/scogliera rocciosa, con affaccio diretto sul mare, precisando che l'immobile era stato edificato in forza di regolare licenza edilizia in data 18 aprile 1961 e che, dopo il termine della costruzione, aveva conseguito l'abitabilità con decreto sindacale in data 10/7/64, n. 6/64.

Precisavano, poi, che avevano chiesto ed ottenuto, ai sensi dell'art. 55 del regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione), in ragione della «prossimità del demanio marittimo», al «confine meridionale del compendio privato», l'autorizzazione della Capitaneria di porto n. 6 del 1 agosto 1961, «ai fini della piena legittimità».

Pertanto, aggiungevano che, all'epoca della costruzione non vi era alcun dubbio, né da parte dell'autorità comunale, né da parte di quella marittima, in ordine al fatto che gli edifici costituenti il condominio «sorgessero su aree di proprietà privata, sia pure prossime al demanio marittimo sottostante».

I condomini ed il condominio, dunque, avevano goduto pacificamente e palesemente delle rispettive proprietà immobiliari per oltre quarant'anni.

Tuttavia, a seguito del «processo di informatizzazione della gestione dei beni demaniali marittimi», a partire da 2008, la Capitaneria di porto e poi l'Agenzia del demanio avevano iniziato ad affermare che i due corpi di fabbrica, costituenti il condominio, «insisterebbero parzialmente sul demanio marittimo».

Tanto che l'Agenzia del demanio aveva invitato il Comune di Sori a dare avvio alla procedura di riscossione coattiva delle

somme che sarebbero state dovute per la parziale occupazione non titolata del demanio marittimo.

Pertanto, il condominio aveva proposto una formale istanza di delimitazione, ex art. 32 del D.P.R. n. 327 del 1942, corredata dei documenti a dimostrazione della proprietà privata delle aree di sedime e di tutte le componenti dei sovrastanti corpi di fabbrica, ad eccezione per i soli beni per i quali erano state chieste ed ottenute regolari concessioni demaniali.

2. A seguito dell'espletamento di una CTU, il tribunale, dopo aver dichiarato il difetto di legittimazione passiva del Ministero delle infrastrutture e trasporti, rigettava la domanda degli attori, muovendo dalle risultanze di tale accertamento. Pur aderendo a quanto risultante dal «rogito del notaio Risso del 1924», e non condividendo, invece, le risultanze della mappa di impianto del 1943 allegata alla autorizzazione del 1 agosto 1961, n. 6 - con conseguente notevole riduzione «dell'estensione dell'area di preteso sconfinamento [ridotto a mq 253] rispetto alle originarie assunzioni della controparte» - il tribunale aveva erroneamente ritenuto, per quel che ancora qui rileva:

i) che la domanda di usucapione era stata formulata tardivamente solo in sede di comparsa conclusionale;

ii) la «natura propriamente demaniale dell'area di sconfinamento», collocata a sud del confine della proprietà privata, sulla quale insistevano in parte i caseggiati degli appellanti «sulla sommità della scogliera».

La natura demaniale era affermata dal tribunale in base alle «risultanze della mappa catastale», oltre che tenendo conto «dell'autorizzazione a suo tempo rilasciata dalla Capitaneria di porto ai sensi dell'art. 55 cod. nav.» e delle concessioni demaniali rilasciate per occupazioni più a sud.

Inoltre, il tribunale aveva ritenuto irrilevanti i principi giuridici invocati dagli attori, trattandosi di compendio di aree riconducibili «ai "tipi" indicati negli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav., non sottoposti alle mareggiate straordinarie ed inidonei ai pubblici usi del mare, anche se in via soltanto potenziale e non attuale».

Infine, il giudice di prime cure escludeva la possibilità di una sdemanializzazione tacita di tali aree che, però, in realtà, per gli attori non erano demaniali ab origine, pur se limitava il riconoscimento della proprietà privata a quelle comprese nei confini del rogito del notaio Risso del 1924 «anziché all'intero sedime occupato dai corpi di fabbrica del condominio o dei condomini».

3. Proponevano appello i condomini ed il Condominio di Via (...omissis...) deducendo, per quel che ancora qui rileva:

a) l'erronea valutazione sulla tempestività della domanda di usucapione, ritenuta tardiva perché contenuta solo nella comparsa conclusionale;

b) l'erronea valutazione «della demanialità delle aree occupate stabilmente dai condomini degli edifici [...] Quali aree sono prive dei requisiti propri della demanialità».

4. La Corte d'appello di Genova rigettava il gravame principale proposto dai convenuti MEF e ADD.

In particolare, rigettava il primo motivo di appello principale, assorbendo gli altri.

Pur confermando che l'individuazione del confine della proprietà condominiale doveva essere tratta dalla divisione del no-

taio Riso del 30/10/24, tuttavia il giudice d'appello condivideva «la motivazione della sentenza gravata», in «ordine alla natura della demanialità del bene», trattandosi «pacificamente» di «demanio marittimo», tanto che «anche il costruttore ebbe necessità di ottenere, oltre alla licenza edilizia 18/4/1961, anche l'autorizzazione n. 6 del 1 agosto 1961 della Capitaneria di porto»; ciò ai fini «del passaggio dal demanio marittimo al patrimonio dello Stato», ai sensi dell'art. 35 cod. nav..

Precisava la Corte territoriale che, ai fini del passaggio di un bene dal demanio marittimo al patrimonio, non era sufficiente la sdemanializzazione in forma tacita, essendo necessaria, invece, ai sensi dell'art. 35 del D.P.R. n. 327 del 1942, «l'adozione di un espresso e formale provvedimento della competente autorità amministrativa, avente carattere costitutivo».

Aggiungeva il giudice d'appello che «nonostante lo stesso CTU precisi che, accertate le caratteristiche, altezza dal livello del mare ed impossibilità di essere raggiunta dalle mareggiate, è parimenti impossibile che «l'area possa essere utilizzata e/o sia utilizzabile per gli usi del mare», tuttavia «il solo fatto di appartenere al demanio marittimo la rende area non soggetta ad usucapione in assenza di provvedimento ex art. 35 c.n.».

Infine, per la Corte doveva «escludersi la possibilità di accoglimento di eventuali domande di usucapione, anche implicite nella richiesta di accertamento della proprietà da parte degli appellanti contenuta nella citazione in primo grado».

5. Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per cassazione gli attori S.L., e altri, che hanno ricevuto in donazione, rispettivamente, la nuda proprietà e l'usufrutto vitalizio dell'immobile già appartenuto a V.L. (attore in primo e secondo grado), N.A., G.V., quale erede di L.L., e altri, quali condomini, e il Condominio di Via (...omissis...).

I ricorrenti hanno depositato memoria scritta.

6. Hanno resistito con controricorso l'ADD e il MEF, proponendo anche ricorso incidentale.

7. Ha proposto ricorso per cassazione incidentale adesivo P.R.M., depositando anche memoria scritta.

8. Sono rimasti intimati R.L.M., Ca.A., quali eredi di M.S., e altri.

#### Considerato che:

1. Con il primo motivo di impugnazione principale i ricorrenti deducono la «violazione e falsa applicazione, ex art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., degli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav., anche in relazione all'art. 55, cod. nav.. Omesso esame di fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti, di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.».

In particolare, i ricorrenti censurano la sentenza d'appello nella parte in cui ha ritenuto che «pacificamente», nella specie, trattavasi di «demanio marittimo», tanto che «anche il costruttore ebbe necessità di ottenere [...] anche l'autorizzazione n. 6 del 1/8/61 della Capitaneria di porto», essendo preclusa la sdemanializzazione tacita.

In realtà, però, era evidente il carattere «non demaniale» dell'area di sconfinamento (trattandosi di «una scogliera molto alta e pressoché verticale»), non rientrando, dunque, in alcuna delle tipologie di beni che compongono il demanio marittimo, ai sensi dell'art. 822 c.c. e 28 cod. nav., «mai sommersa, non raggiunta dalle mareggiate ordinarie e pacificamente non idonea né in atto né in potenza ad assicurare i pubblici usi del mare», secondo quanto riconosciuto dalla CTU di primo grado.

Questo, che era uno dei temi centrali sui quali verteva l'appello, non sarebbe stato affrontato in alcun modo dalla Corte, «a causa di un errore di diritto nel quale essa è caduta».

Laddove la Corte territoriale ritiene che «pacificamente» l'area

di sconfinamento sarebbe demanio marittimo, attesta il convincimento errato sulla qualificazione giuridica della stessa.

L'unico argomento speso in ordine a tale convincimento, consiste nella circostanza che il costruttore degli immobili avrebbe riconosciuto la demanialità, per aver richiesto, non solo il titolo edilizio del 18 aprile 1961, ma anche l'autorizzazione n. 6 del 1 agosto 1961, ai sensi dell'art. 55 cod. nav..

Al contrario, tale disposizione avrebbe solo l'effetto di consentire in concreto l'esercizio delle facoltà edificatorie connaturate al diritto di proprietà privata, non producendo alcun effetto di ordine dominicale.

Del tutto contraddittoriamente, il giudice d'appello, dopo aver evidenziato che lo stesso CTU aveva accertato le caratteristiche dell'area, costituite dal livello del mare, dall'impossibilità di essere raggiunta dalle mareggiate, dall'impossibilità che l'area potesse essere utilizzata e/o fosse utilizzabile per gli altri usi al mare, concludeva inaspettatamente nel senso che tale area era demaniale «per il solo fatto di appartenere al demanio marittimo», non rendendola soggetta ad usucapione.

In realtà, la Corte d'appello non aveva considerato il fatto che «l'area di sconfinamento, per le sue caratteristiche (pacifiche, stante il recepimento della CTU sul punto) non possa essere qualificata demaniale e quindi non lo sia mai stata».

L'area, insomma, non aveva necessità alcuna del provvedimento di sdemanializzazione, in quanto «era da sempre non demaniale», quindi sin dal suo origine, come risultava dagli esiti della CTU, recepita, sul punto, da tutte le parti in giudizio.

2. Con il secondo motivo di impugnazione i ricorrenti lamentano la «violazione dell'art. 112 c.p.c.. Infrapetizione. Omesso esame, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., della parte di domanda assorbita dalla Corte d'appello».

Il tribunale aveva ritenuto la domanda di usucapione tardiva, in quanto presentata esclusivamente in sede di comparsa conclusionale, mentre la Corte d'appello ha reputato assorbita la censura, con cui si rilevava che la domanda di usucapione era già contenuta nella citazione.

La Corte d'appello, infatti, ha ritenuto - sulla base dell'erroneo presupposto dell'appartenenza dell'area di sconfinamento al demanio - di escludere la possibilità di accoglimento di «eventuali domande di usucapione anche implicite nella richiesta di accertamento della proprietà da parte degli appellanti contenuta nella sentenza di primo grado».

In realtà, una volta stabilita la natura non demaniale dell'area, i ricorrenti evidenziano che non solo la domanda di usucapione era contenuta nell'atto di citazione, e trattavasi di diritto autodeterminato, individuato in base alla sola indicazione del suo contenuto, ma era anche fondata, non essendo contestato che i caseggiati condominiali erano stati eretti all'inizio degli anni 60, come risultava dal certificato di abitabilità del 10 luglio 1964.

3. Con il primo motivo di ricorso incidentale adesivo P.R.M. deduce la «violazione e/o falsa applicazione degli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c.: la scogliera per cui è causa non appartiene al demanio marittimo».

Tenendo conto di quanto accertato e constatato dal CTU, in ordine alla natura specifica dell'aria di sconfinamento, trattavasi di area non demaniale, non rientrando la «scogliera» nell'elencazione normativa cui agli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav. Nonostante tali dati normativi, fattuali e giurisprudenziali, la sentenza d'appello aveva concluso per la natura demaniale che «pacificamente» avrebbe contraddistinto tale area.

Tale «apodittica conclusione» violerebbe le norme sopra indicate. Pertanto la soluzione offerta dalla Corte territoriale la questione di diritto si risolverebbe «in un'erronea ricognizione



della fattispecie astratta recata dalla norma di legge», non potendosi peraltro operare il sillogismo per cui un bene è demaniale non per legge, «ma per altre ragioni, nella specie il comportamento tenuto dal privato», che aveva richiesto l'autorizzazione n. 6 del 1 agosto 1961 ex art. 55 cod. nav..

4. Con il secondo motivo di ricorso incidentale adesivo si deduce la «nullità della sentenza o del procedimento per violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c.: omessa pronuncia sul secondo motivo di appello in cui si chiedeva di dichiarare tempestiva la domanda di usucapione per possesso ultra ventennale della scogliera». Una volta stabilito che l'area di sconfinamento aveva natura non demaniale, ma privata, la Corte d'appello avrebbe dovuto accertare l'intervenuta usucapione, mentre, nella specie, si era limitata ad affermare «di non doversi pronunciare sulla domanda di usucapione e sul secondo motivo d'appello in quanto - a suo errato giudizio - la natura demaniale marittima rendeva in radice non usucapibili le aree», trincerandosi dunque dietro la affermazione che non era possibile accogliere «eventuali domande di usucapione, anche implicite».

Sembrerebbe trattarsi, allora, di un caso di assorbimento improprio, il quale ricorre quando la domanda viene rigettata in base alla soluzione di una questione di carattere esaustivo che rende vano esaminare le altre, essendo sufficiente in tal caso limitarsi a censurare o la sola decisione sulla questione giudicata di carattere assorbente o la stessa statuizione di assorbimento. Nel caso in esame, la ricorrente evidenzia che la statuizione di assorbimento «omette completamente la pronuncia sullo specifico motivo di appello», afferente alla tempestività della domanda di usucapione ed alla natura autodeterminata della stessa.

5. Anzitutto, si rileva la tempestività del ricorso incidentale adesivo proposto dalla condomina Avv. P.R.M., in quanto il ricorso è stato spedito per la notifica il 15 novembre 2019, mentre la sentenza della Corte d'appello è stata depositata il 19 aprile 2019, con scadenza del termine semestrale oltre la data della notifica del ricorso incidentale adesivo, tenuto conto del termine di sospensione feriale di 31 giorni.

5.1. Va, infatti, chiarito che per questa Corte le regole sull'impugnazione tardiva, sia ai sensi dell'art. 334 c.p.c., che in base al combinato disposto di cui agli artt. 370 e 371 c.p.c., si applicano esclusivamente a quella incidentale in senso stretto e, cioè, proveniente dalla parte contro cui è stata proposta l'impugnazione, mentre per il ricorso di una parte che abbia contenuto «adesivo» a quello principale si deve osservare la disciplina dell'art. 325 c.p.c., cui è altrettanto soggetto qualsiasi ricorso successivo al primo, che abbia valenza d'impugnazione incidentale qualora investa un capo della sentenza non impugnato o lo investa per motivi diversi da quelli fatti valere con il ricorso principale - nella fattispecie, la S.C. ha ritenuto inammissibile l'impugnazione incidentale tardiva proposta contro il ricorrente principale, ritenendo l'interesse all'impugnazione sorto già in conseguenza dell'emanazione della sentenza di appello e non per effetto del ricorso principale - (Cass., sez. 3, 24 agosto 2020, n. 17614; Cass., sez.un., 29 ottobre 2020, n. 23903; Cass., sez. 5, 7 ottobre 2015, n. 20040; Cass., sez. 3, 10 marzo 2008, n. 6284). Il ricorso incidentale «adesivo», a differenza del ricorso incidentale in senso stretto, va dunque proposto, a pena di inammissibilità, nel termine ordinario di impugnazione (Cass., sez. 2, 22 dicembre 2021, n. 41254).

6. Il primo motivo di ricorso principale ed il primo motivo del ricorso incidentale adesivo, che vanno esaminati congiuntamente per strette ragioni di connessione, sono fondati, nei termini di cui motivazione.

6.1. Invero, nella decisione della Corte d'appello si ravvisa una falsa applicazione di legge.

Deve muoversi dalla considerazione che le espressioni violazione o falsa applicazione di legge, di cui all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., descrivono i due momenti in cui si articola il giudizio di diritto: a) quello concernente la ricerca e l'interpretazione della norma ritenuta regolatrice del caso concreto; b) quello afferente l'applicazione della norma stessa una volta correttamente individuata ed interpretata.

Il vizio di violazione di legge investe immediatamente la regola di diritto, risolvendosi nella negazione o affermazione erronea della esistenza o inesistenza di una norma, ovvero nell'attribuzione ad essa di un contenuto che non possiede, avuto riguardo alla fattispecie in essa delineata.

Il vizio di falsa applicazione di legge consiste, o nell'assumere la fattispecie concreta giudicata sotto una norma che non le si addice, perché la fattispecie astratta da essa prevista - pur rettamente individuata e interpretata - non è idonea a regolarla, o nel trarre dalla norma, in relazione alla fattispecie concreta, conseguenze giuridiche che contraddicano la pur corretta sua interpretazione.

Non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 360, comma 1, n. 3, l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa che è, invece, esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, sottratta perciò al sindacato di legittimità (Cass., sez. 1, 14 gennaio 2019, n. 640). Pertanto, si è chiarito (Cass., sez. 3, 31 maggio 2018, n. 13747) che è consentita la censura per violazione di legge, quando il giudice di merito «dopo aver ricostruito la quaestio facti secondo le allegazioni e le prove offerte dalle parti», individua i termini della fattispecie concreta e, quindi, riconduce quest'ultima ad una fattispecie giuridica astratta piuttosto che ad un'altra a cui sarebbe in realtà riconducibile oppure si rifiuta di ricondurla ad una certa fattispecie giuridica astratta cui sarebbe riconducibile o a qualunque fattispecie giuridica astratta, mentre ve ne sarebbe una cui potrebbe essere ricondotta.

La valutazione così effettuata della relativa motivazione «non inerente per lo più all'attività di ricostruzione e, dunque, di apprezzamento dei fatti storici, bensì all'attività di qualificazione in iure di essi e, dunque, ad un giudizio normativo, è controllabile e deve essere controllata dalla Corte di cassazione nell'ambito del paradigma del n. 3 dell'art. 360 c.p.c.». Con la precisazione che fa parte del sindacato di legittimità secondo tale paradigma, cui il legislatore fa riferimento con la nozione di «falsa applicazione di norme di diritto», quello in cui si deve controllare se la fattispecie concreta - «assunta così come ricostruita dal giudice di merito e, dunque, senza che si debba procedere ad una valutazione diretta a verificarne l'esattezza e meno che mai ad una diversa valutazione e ricostruzione o apprezzamento ricostruttivo» - è stata ricondotta a ragione o a torto alla fattispecie giuridica astratta individuata dal giudice di merito come idonea a dettarne la disciplina oppure al contrario doveva essere ricondotta ad altra fattispecie giuridica oppure ancora era irriconducibile ad una fattispecie giuridica astratta, sì da non rilevare in iure, oppure ancora «non è stata erroneamente ricondotta ad una certa fattispecie giuridica cui invece doveva esserlo, essendosi il giudice di merito rifiutato expressis verbis di farlo (c.d. vizio di sussunzione o di rifiuto di sussunzione)».

Insomma, vi è violazione di cui all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., non solo nel caso in cui vi sia violazione di legge, ossia l'erronea ricognizione, da parte del provvedimento im-



pugnato, della fattispecie astratta recata da una previsione normativa, implicante un problema interpretativo della stessa, quanto quello di falsa applicazione della legge, «consistente nella sussunzione della fattispecie concreta in una qualificazione giuridica che non le si addice, perché la fattispecie astratta da essa prevista non è idonea a regolarla, oppure nel trarre dalla norma, in relazione alla fattispecie concreta, conseguenze giuridiche che ne contraddicono la pur corretta interpretazione» (Cass., sez. 5, 25 settembre 2019, n. 23851; anche Cass., 26 settembre 2005, n. 18782).

Commette, dunque, falsa applicazione di legge il giudice che ricollegherà ad una certa normativa effetti inappropriati, traendo dalla norma correttamente individuata conseguenze diverse da quelle consentite (Cass., 29 agosto 2019, n. 21772), oppure traendo dalla norma, in relazione alla fattispecie concreta, conseguenze giuridiche che ne contraddicono la pur corretta interpretazione (Cass., n. 13747 del 2018, cit.).

7. Nella specie, i ricorrenti non criticano la valutazione dei fatti compiuta dal giudice di merito, il quale ha riportato in modo corretto le valutazioni del CTU sulla natura giuridica dell'area di sconfinamento, ma impostano la loro censura di legittimità ex art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., esclusivamente nell'aver tratto dagli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav., conseguenze giuridiche che ne hanno contraddetto la pur corretta interpretazione.

Non si è in presenza, allora, della allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta, mediante le risultanze di causa, che inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito la cui censura è possibile, in sede di legittimità, attraverso il vizio di motivazione, seppur nei limiti di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c. come modificato dal decreto-Legge n. 83 del 2012, convertito in Legge n. 134 del 2012, applicabile alle sentenze pronunciate a decorrere dall'11 settembre 2012 (Cass., sez. 1, 13 ottobre 2017, n. 24155; Cass., sez. L, 11 gennaio 2016, n. 195; Cass., sez. 5, 30 dicembre 2015, n. 26110). Nel caso in esame, si è in presenza della condotta del giudice di merito che è censurabile in sede di legittimità, perché sono state trattate dalla norma, in relazione alla fattispecie concreta, conseguenze giuridiche che contraddicono la pur corretta sua interpretazione (Cass., sez. 3, 30 aprile 2018, n. 10320).

8. Deve, dunque, muoversi, dai fatti esaminati dal giudice di merito che, sia in primo grado che in appello, ha descritto compiutamente l'area di sconfinamento, anche a seguito dell'espletamento della CTU.

La Corte territoriale ha affermato sul punto che «nonostante lo stesso CTU precisi che, accertate le caratteristiche, altezza dal livello del mare ed impossibilità di essere raggiunta dalle mareggiate, è parimenti impossibile che "l'area possa essere utilizzata e/o sia utilizzabile per gli usi del mare" - quindi constatando la sussistenza dei requisiti della demanialità marittima - subito dopo aggiunge, in netta contraddizione, che «il solo fatto di appartenere al demanio marittimo la rende area non soggetta ad usucapione in assenza di provvedimento ex art. 35 cod. nav.».

I ricorrenti, in ossequio al principio dell'autosufficienza, hanno riportato lo stralcio della CTU in cui si descrivono le caratteristiche specifiche dell'area di sconfinamento («i due edifici risultano costruiti direttamente sulla roccia della scarpata - ad un'altezza di mt. 7 circa dal livello del mare, il civico 1 A, e ad un'altezza di metri 20 circa dal livello del mare il civico 1»).

Inoltre, dalla CTU emerge che tale roccia «prosegue a valle dei caseggiati stessi con un fronte verticale perpendicolare al sottostante arenile», con la precisazione che «l'area in oggetto, che risulta a circa 7 m dal livello del mare, è posta in posizione orografica tale da non poter essere raggiunta dalle mareggiate

ordinarie» e che «il fatto che l'area in oggetto di causa sia collocata alla sommità ed in prossimità di una scarpata rocciosa a picco sul mare [...] fa escludere l'ipotesi, essendo impossibile anche al solo stato potenziale, che l'area su cui i due edifici e relative pertinenze sono stati costruiti possa essere stata in antichità sommersa, ovvero che la medesima area possa essere utilizzata e/o sia utilizzabile per gli usi del mare».

Si è sottolineato che «la scogliera ove sono stati costruiti i suddetti caseggiati di causa, data la sua natura impervia e l'estrema acclività del suolo non è infatti suscettibile di alcun utilizzo diretto o indiretto, anche solo allo stato potenziale, per gli usi del mare e inerenti alla navigazione, come l'accesso, l'approdo, la tirata in secco di natanti, l'attività di balneazione e/o di pesca da terra, data la sua inaccessibilità dal basso e la sua pericolosità e impraticabilità dall'alto».

Pertanto, i ricorrenti non hanno in alcun modo censurato la ricostruzione fattuale compiuta dal primo giudice e dalla Corte d'appello, in relazione alla CTU espletata, avendo fondato la censura di violazione di legge sui fatti di causa, così come accertati dal giudice di merito.

9. Sono state, quindi, correttamente individuate le norme applicabili, e quindi gli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav..

L'art. 822 c.c., in particolare, stabilisce che «appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico, il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti [...]». Come pure l'art. 28 cod. nav. prevede che «fanno parte del demanio marittimo: a) il lido, spiagge, i porti, le rade [...]».

10. Orbene, per giurisprudenza di legittimità consolidata, costituiscono lido e spiaggia e come tali sono comprese nel demanio marittimo, ai sensi degli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav., la striscia di terreno immediatamente a contatto con il mare, e comunque coinvolta dallo spostamento delle sue acque (tenuto conto anche delle maree), nonché quell'ulteriore porzione, fra detta striscia e l'entroterra, che venga concretamente interessata dalle esigenze di pubblico uso del mare (Cass., 2 giugno 1978, n. 2756).

Inoltre, per stabilire se un'area rivierasca debba o meno essere considerata appartenente al demanio marittimo, mentre risulta indifferente la natura geografica del terreno, sono decisive le seguenti circostanze:

- 1) che l'area sia normalmente coperta dalle mareggiate ordinarie;
- 2) che, sebbene non sottoposta a mareggiate ordinarie, sia stata in antico sommersa e tuttora utilizzabile per uso marittimo;
- 3) che, comunque, il bene sia necessariamente adibito ad usi attinenti alla navigazione (accesso, approdo, tirata in secco di natanti, operazioni attinenti alla pesca da terra, operazioni di balneazione) anche solo allo stato potenziale (Cass., 23 aprile 1981, n. 2417; anche Cass., sez. 3, 28 maggio 2004, n. 10304; di recente Cass., 24 agosto 2023, n. 25223 e Cass., 12 luglio 2018, n. 18511).

10.1. In un caso simile a quello qui trattato (Cass., sez. 1, 30 luglio 2009, n. 17737) il giudice di secondo grado aveva accolto l'appello dell'attore, che aveva proposto opposizione all'ingiunzione di pagamento notificatagli dall'ufficio del registro, a titolo di corrispettivo dell'occupazione abusiva di una porzione di suolo demaniale. Il tribunale (quale giudice di appello contro la sentenza del pretore) aveva valorizzato «la descrizione delle caratteristiche naturali dell'area in questione, per escludere che il fabbricato su di esso insistente e realizzato su un bancone roccioso che sovrastava l'arenile rientrasse nel lido o nella spiaggia demaniale».

Avverso tale decisione avevano proposto ricorso per cassazione il MEF e l'ADD, invocando la violazione dell'art. 322 c.c., e degli articoli 28 e 35 cod. nav. che però è stato rigettato.

Si è precisato, sul punto, che per lido del mare si intende quella porzione di riva a contatto diretto con le acque del mare, da cui resta normalmente coperta per le ordinate mareggiate: sicché riesca impossibile ogni altro uso che non sia quello marittimo.

La spiaggia è, dunque, costituita non solo da quei tratti di terra prossimi al mare che siano sottoposti alle mareggiate straordinarie, ma comprende anche l'arenile, cioè quel tratto di terraferma che risulti relitto dal normale ritirarsi delle acque, restando idoneo ai pubblici usi del mare, anche se in via solo potenziale (Cass., sez. 1, 1 aprile 2015, n. 6619; Cass., sez. 2, 3 maggio 2018, n. 10489; Cass., sez. 2, 22 ottobre 2021, n. 29592).

10.2. Peraltro, per questa Corte qualora venga in discussione l'appartenenza di un bene, nella sua attuale consistenza, al demanio marittimo, il giudice del merito ha il potere-dovere di accertare i caratteri obiettivi con i quali il bene si presenta al momento della decisione, per effetto dei quali esso rientra nella categoria prevista dalla legge, mentre i titoli esibiti dalle parti possono costituire soltanto utili e concreti elementi di giudizio, al fine di stabilire non solo la originaria consistenza dei beni stessi, ma anche se eventualmente possano riscontrarsi in essi gli estremi di una sdemanializzazione tacita, ammessa per il codice civile del 1865 (art. 429). Ipotesi, peraltro, quella della sdemanializzazione neppure configurabile nella specie, non avendo gli immobili in questione, in forza degli stessi accertamenti in fatto effettuati dal giudice di appello, e riportati in sentenza, natura demaniale ab origine.

11. Nel caso in esame, peraltro, la Corte d'appello, pur avendo valutato adeguatamente gli elementi istruttori, condividendo le valutazioni del CTU, reputando che, effettivamente le caratteristiche dell'area di sconfinamento erano del tutto estranee alla nozione di demanialità marittima («altezza dal livello del mare ed impossibilità di essere raggiunta dalle mareggiate, è parimenti impossibile che l'area possa essere utilizzata e/o sia utilizzabile per gli usi del mare»), ha, poi, contraddittoriamente, ed in ciò incorrendo nella falsa applicazione di legge, e segnatamente degli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav., reputato tale area come ricompresa nel demanio marittimo.

La necessità di un provvedimento di classificazione ex art. 35 cod. nav., pure invocato dalla Corte d'appello («il solo fatto di app. 11. appartenere al demanio marittimo la rende area non soggetta ad usucapione in assenza di provvedimento ex art. 35 cod. nav.»), si scontra con la circostanza che, in realtà, prima delle formali contestazioni dell'Agenzia delle dogane e del MEF, avvenute solo nel 2008, l'area di sconfinamento non aveva i caratteri necessari per essere inquadrata all'interno del demanio marittimo.

Ciò con riferimento alla conformazione dell'area già negli anni 60, come descritta compiutamente dal CTU con riscontro positivo da parte del tribunale e della Corte d'appello.

La falsa applicazione di norme si rinviene, dunque, nel fatto che la Corte d'appello, pur avendo correttamente individuato le norme applicabili, e segnatamente gli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav., e pur avendo effettuato una altrettanto corretta ricostruzione degli elementi istruttori utili alla descrizione dell'area, ha però erroneamente ritenuto che fosse necessaria una sdemanializzazione ex art. 35 cod. nav., laddove l'area di sconfinamento era priva ab origine dei caratteri propri dell'area demaniale.

12. Le censure in esame vanno, pertanto, accolte.

13. Sono, invece, inammissibili il secondo motivo di ricorso principale ed il secondo motivo di ricorso incidentale adesivo, non essendovi stata una omessa pronuncia da parte della Corte d'appello, che ha escluso «la possibilità di accoglimento

di eventuali domande di usucapione», ritenendo tale domanda assorbita dalla ritenuta demanialità dell'area.

Invero, nel giudizio di legittimità introdotto a seguito di ricorso per cassazione non possono trovare ingresso, e perciò non sono esaminabili, le questioni sulle quali, per qualunque ragione, il giudice inferiore non sia pronunciato per averle ritenute assorbite in virtù dell'accoglimento di una questione pregiudiziale, con la conseguenza che, in dipendenza della cassazione della sentenza impugnata per l'accoglimento del motivo attinente alla questione assorbente, l'esame delle ulteriori questioni oggetto di censura va rimesso al giudice di rinvio, salva l'eventuale ricorribilità per cassazione avverso la successiva sentenza che abbia affrontato le suddette questioni precedentemente ritenute superate (Cass. 19442/2022; Cass., 05/11/2014, n. 23558; Cass., 01/03/2007, n. 4804).

14. Deve essere accolto il motivo di ricorso incidentale articolato dalla Agenzia delle dogane e dal MEF, in quanto erroneamente il giudice di appello ha dato atto che ricorrevano i presupposti per il «raddoppio» del contributo unificato con riferimento all'appello incidentale proposto dalla ADD e dal MEF.

Questa Corte, ha invero affermato - ed il principio va ribadito in questa sede - che il provvedimento con cui il giudice dell'impugnazione, nel respingere integralmente la stessa, ovvero nel dichiararla inammissibile o improcedibile, disponga, a carico della parte che l'abbia proposta, l'obbligo di versare - ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 - un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto ai sensi del comma 1-bis del medesimo art. 13, non può aver luogo nei confronti di quelle parti della fase o del giudizio di impugnazione, come le Amministrazioni dello Stato, che siano istituzionalmente esonerate, per valutazione normativa della loro qualità soggettiva, dal materiale versamento del contributo stesso, mediante il meccanismo della prenotazione a debito (Cass. 5955/2014; Cass. 1778/2016).

15. La sentenza impugnata deve, quindi, essere cassata, con rinvio alla Corte d'appello di Genova, in diversa composizione, che dovrà attenersi ai principi di diritto suesposti e che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

#### P.Q.M.

Accoglie il primo motivo di ricorso principale e il primo motivo di ricorso incidentale adesivo; dichiara inammissibile il secondo motivo di ricorso principale ed il secondo motivo di ricorso incidentale adesivo; accoglie il ricorso incidentale proposto da MEF e Agenzia del demanio; cassa la sentenza impugnata, in ordine ai motivi accolti, con rinvio alla Corte d'Appello di Genova, in diversa composizione, cui domanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

(...omissis...)

---

Tribunale di Savona, 20 agosto 2024, n. 631 - Giudice Unico Serra - B. (Avv. Luzi) c. Comune di X (Avv. Morabito) - nonché nei confronti di Polisportiva (Avv. Grieco e Anobile) e di Assicurazioni spa (Avv. Cerulli).

**RESPONSABILITÀ civile - cose in custodia - rapporto di custodia - nozione - fatto lesivo - nesso di causalità - oneri (entrambi) a carico del danneggiato - obbligo di risarcire il danno subito - sussiste nel caso di specie.**

(Art. 2051 c.c.)

*Il Comune proprietario (non il mero gestore) di impianti ed attrezzature per l'esercizio delle attività e discipline sportive (campo di calcio nel caso di specie) è titolare di una posizione di garanzia, ai sensi dell'art. 40, comma 2, del c.p., ed è tenuto anche per il disposto di cui all'art. 2051 del c.c. a garantire l'incolumità fisica degli utenti e ad adottare quelle cautele idonee a impedire il superamento dei limiti di rischio connaturati alla normale pratica sportiva, con la conseguente affermazione del nesso di causalità tra l'omessa adozione di dette cautele e l'evento lesivo occorso ad un utente dell'impianto sportivo. Se l'attività agonistica implica l'accettazione del rischio ad essa inerente da parte di coloro che vi partecipano, per cui i danni da essi eventualmente sofferti rientranti nell'alea normale ricadono sugli stessi, il Comune, al fine di sottrarsi ad ogni responsabilità, deve avere predisposto le normali cautele atte a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, nel rispetto di eventuali regolamenti sportivi (cfr. sul punto: Cass., n. 6877/2024).*

*Al danneggiato compete provare il fatto lesivo, come verificatosi in concreto, l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa in custodia e l'evento dannoso, nonché il danno in conseguenza subito; mentre spetta al custode convenuto, per liberarsi della responsabilità, provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo a interrompere quel nesso causale (cfr.: Cass., sez. un., ord. n. 20943/2022; Cass., n. 11016/2011; Cass., n. 2308/2007).*

*Con riferimento alla prova del nesso causale, ai fini del riconoscimento della responsabilità oggettiva di cui all'art. 2051 c.c., il danneggiato deve fornire la prova della sussistenza di un effettivo e concreto nesso di causa tra la cosa in custodia e l'evento dannoso e, cioè, la dimostrazione che l'evento è stato concretamente provocato dalla cosa e non da altri diversi fattori causali, sicché non è a tal fine sufficiente provare che il sinistro e la cosa custodita si collocano, genericamente e complessivamente, in un medesimo contesto, essendo sempre necessario allegare e dimostrare l'effettiva dinamica del fatto, intesa come la successione dei fatti e l'insieme dei fattori che, producendo determinati effetti, determinano lo sviluppo di un evento (cfr.: Cass., ord. n. 12760/2024). Dando applicazione di tali principi, nel caso di specie, si ritiene che l'attore abbia assolto all'onere probatorio sul medesimo gravante.*

*(Nel caso di specie l'attore andava a collidere contro la rete di recinzione del campo di calcio e il piede destro gli rimaneva incastrato tra la rete e il cordolo per cui, a seguito della caduta, colpiva violentemente con il braccio destro la porzione in cemento, subendo la frattura dello spiroide con III frammento diafiso metafisaria distale dell'omero con frattura epicondilo mediale dell'omero destro. Quindi il sinistro è derivato non solo dall'urto subito dall'avversario di gioco, che lo ha spinto verso la rete di protezione del campo, ma altresì a causa della sussistenza in loco di una canalina di scolo in cemento armato, non protetta e non coperta, nella quale sarebbe rimasto incastrato il piede, così provocando la caduta del danneggiato e il conseguente colpo all'arto destro.*

*Il Comune, si è difeso sostenendo, tra l'altro, che, al momento dell'evento, il campo sportivo era affidato in gestione alla Polisportiva e che, pertanto, doveva essere qualificata come custode ai sensi dell'art. 2051 c.c., unica responsabile della gestione e del funzionamento dell'impianto sportivo.*

*Tuttavia in sede processuale è emerso che in base alla convenzione in essere con il Comune alla data del sinistro, risultava che alla Polisportiva era affidato in appalto il solo servizio di apertura, vigilanza, chiusura, riordino e pulizia degli impianti sportivi comunali. Al contrario, non rientrava nell'appalto la manutenzione ordinaria e/o straordinaria dell'impianto, e neppure alcun obbligo attinente alla struttura e alla conformità e sicurezza del terreno di gioco).*

I.M.C.

(...Omissis...)

Con atto di citazione regolarmente notificato alla controparte, N. ha adito il Tribunale di Savona esponendo che:

In data 10.11.2019 alle ore 15.00 circa egli si trovava presso il campo sportivo sito in, per disputare una partita ufficiale del Campionato di Seconda Categoria di calcio;

A seguito di un urto, egli veniva sbalzato nella parte laterale del terreno di gioco, lato opposto alla tribuna;

In tale zona, il manto dell'erba sintetica del terreno di gioco era interrotto ed erano presenti un canale di scolo delle acque meteoriche in cemento, privo di copertura, ed un cordolo sempre in cemento, oltre ad uno spazio vuoto tra cordolo e recinzione;

Egli andava a collidere contro la rete di recinzione e il piede destro gli rimaneva incastrato tra la rete e il cordolo per cui, a seguito della caduta, colpiva violentemente con il braccio destro la porzione in cemento, subendo la frattura dello spiroide con III frammento diafiso metafisaria distale dell'omero con frattura epicondilo mediale dell'omero destro.

Muovendo da tali premesse in fatto, l'attore ha citato in giudizio il proprietario della struttura sportiva Comune di, rilevando che le lesioni erano attribuibili ad evidenti omissioni nella manutenzione straordinaria dell'impianto sportivo, ed ha chiesto la condanna di parte convenuta al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti.

Si è costituito il Comune di, replicando alle avverse argomentazioni che:

L'attore aveva fornito una rappresentazione dei fatti estremamente lacunosa e non aveva dimostrato in modo compiuto il nesso di causalità tra l'evento dannoso e la cosa in custodia; Il sinistro non poteva essere ricondotto causalmente allo stato dei luoghi, ma ad un fattore esterno ed avulso dal terreno di gioco, consistente in un urto subito.

In ogni caso, la caduta era avvenuta in orario diurno, con piena visibilità sulle condizioni del campo da gioco, pertanto, l'asserita irregolarità era comunque percepibile ed evitabile con un comportamento maggiormente prudente.

Pertanto, il sinistro poteva al più essere ascrivibile all'imprudenza, disattenzione della vittima, ma non alle dedotte omissioni nella manutenzione ordinaria e straordinaria dell'impianto;

Infatti, il campo era conforme alle norme e ai regolamenti federali, sia per le dimensioni, sia per i materiali utilizzati.

Se poi l'attore avesse dimostrato che "l'urto" subito, solo genericamente riportato, dipendeva da una azione di gioco, l'assenza di responsabilità del Comune sarebbe discesa dalla cosiddetta scriminante sportiva, per cui i partecipanti ad una competizione sportiva accettano il rischio di subire i danni eventualmente sofferti ad opera di un competitore e rientranti nella normale alea del gioco agonistico.

Il Comune ha altresì rilevato che, al momento dell'evento, il campo sportivo era affidato in gestione alla Polisportiva, che pertanto doveva essere qualificata come custode ai sensi dell'art. 2051 c.c., unica responsabile della gestione e del funzionamento dell'impianto sportivo.

Conclusivamente, l'ente ha chiesto in via preliminare di essere autorizzato a chiamare in causa Polisportiva; nel merito, rigettare le domande attoree e, nel denegato caso di accoglimento, ridurre il risarcimento del danno ai sensi degli artt. 1227 e 2056 c.c. e in via ulteriormente gradata, accertare l'esclusiva responsabilità della terza chiamata.

Autorizzata la chiamata del terzo, si è costituita Polisportiva, eccependo l'assoluta estraneità al giudizio. Infatti, in base alla convenzione in essere con il Comune alla data del sinistro



(anno 2019/2020), risultava che alla Polisportiva era affidato in appalto il solo servizio di apertura, vigilanza, chiusura, riordino e pulizia degli impianti sportivi comunali. Al contrario, non rientrava nell'appalto la manutenzione ordinaria e/o straordinaria dell'impianto, e neppure alcun obbligo attinente alla struttura e alla conformità e sicurezza del terreno di gioco. In ogni caso, le domande attoree dovevano essere rigettate, perché il sig. N. non aveva fornito alcuna prova in ordine alla dinamica del sinistro, che doveva essere imputata alla sola condotta negligente ed imprudente di quest'ultimo.

Del resto, se fosse stato provato che la caduta era seguita ad un urto intervenuto durante un'azione di gioco, allora la responsabilità sarebbe stata comunque da escludere, atteso che l'attività agonistica comporta l'accettazione del c.d. rischio sportivo.

Tanto premesso, Polisportiva ha, in via preliminare, richiesto di essere autorizzata a chiamare in causa la propria compagnia assicurativa Generali Assicurazioni e nel merito respingere le domande attoree e comunque le domande svolte nei suoi confronti dal Comune di.

Si è costituita Generali Assicurazioni s.p.a., la quale si è sostanzialmente associata alle difese della propria assicurata, facendo valere l'estraneità della Polisportiva rispetto all'accaduto e comunque l'assenza di responsabilità della società. L'assicurazione ha chiesto conclusivamente il rigetto delle domande.

La causa è stata istruita mediante escussione di testimoni, CTU diretta ad accertare la conformità normativa dell'impianto sportivo e CTU medico legale sulla persona dell'attore. All'esito, è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 14.6.2024. In tale sede, ai sensi dell'art. 281 quinquies c.p.c., è stato concesso alle parti termine per depositare comparse conclusionali, con rinvio per la discussione orale all'udienza del 24.7.2024, ove la controversia è stata trattenuta in decisione.

### Motivi della decisione.

La domanda dell'attore è fondata e deve essere accolta per le ragioni che di seguito si espongono.

#### 1) Sugli elementi dell'art. 2051 c.c.

Innanzitutto, occorre rilevare che la fattispecie, come prospettata dall'attore, rientra nell'alveo applicativo dell'art. 2051 c.c., in quanto egli lamenta che il sinistro subito in data 10.11.2019 sarebbe derivato non solo dall'urto subito dall'avversario di gioco, che lo ha spinto verso la rete di protezione del campo, ma altresì a causa della sussistenza in loco di una canalina di scolo in cemento armato, non protetta e non coperta, nella quale sarebbe rimasto incastrato il piede, così provocando la caduta del danneggiato e il conseguente colpo all'arto destro.

Sicché la **"cosa" in custodia**, costituita dal campo sportivo, avrebbe un rilievo concausale determinante nella verifica del sinistro.

Va, pertanto, considerato in termini generali che per l'ormai consolidato orientamento della Corte di Cassazione, da ultimo anche ribadito dalle Sezioni Unite (Ord. n. 20943 del 30/06/2022), la fattispecie configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva la quale, per essere affermata, non esige un'attività o una condotta colposa del custode (di talché, in definitiva, il custode negligente non risponde in modo diverso dal custode perito e prudente, se la cosa ha provocato danni a terzi - cfr. Cass., 19 febbraio 2008, n. 4279), ma richiede la sussistenza del mero rapporto causale tra la cosa in custo-

dia e l'evento lesivo verificatosi in concreto (da ultimo, Cass., Ord. n. 22684/2013).

Pertanto, ove vi sia rapporto di custodia, la responsabilità ex art. 2051 cod. civ. è esclusa solamente dal **caso fortuito**, che è qualificazione incidente sul nesso causale e non sull'elemento psicologico dell'illecito, e che individua un fattore riconducibile a un elemento esterno, avente i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità (confr. Cass., 7 luglio 2010, n. 16029; Cass., 19 febbraio 2008, n. 4279; Cass., 6 luglio 2006, n. 15384).

La radicale oggettivazione dell'ipotesi normativa, che rende più congruo parlare di rischio da custodia (piuttosto che di colpa nella custodia) e di presunzione di responsabilità (piuttosto che di colpa presunta), comporta evidentemente un'inversione dell'onere della prova, in favore del soggetto danneggiato.

Ne consegue che al danneggiato attore compete provare il fatto lesivo, come verificatosi in concreto, l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa in custodia e l'evento dannoso, nonché il danno in conseguenza subito; mentre spetta al custode convenuto, per liberarsi della responsabilità, provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo a interrompere quel nesso causale (confr. Cass., SS. UU., Ord. n. 20943 del 30/06/2022; Cass., 19 maggio 2011, n. 11016; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2308).

Con riferimento alla prova del nesso causale, deve osservarsi che la Suprema Corte ha sostenuto e chiarito ripetutamente che il relativo onere è particolarmente rilevante nel caso in cui il danno non sia l'effetto di un dinamismo interno della cosa (ad esempio scoppio della caldaia, scarica elettrica, frana, ecc.), ma richieda che al modo di essere della cosa si unisca l'agire umano ed in particolare quello del danneggiato, essendo essa di per sé statica ed inerte.

Scaturisce in questi casi la necessità *"di ulteriori accertamenti, quali la maggiore o minore facilità di evitare l'ostacolo, il grado di attenzione richiesto allo scopo, ed ogni altra circostanza idonea a stabilire se effettivamente la cosa avesse una potenzialità dannosa intrinseca, tale da giustificare l'oggettiva responsabilità del custode. Trattati di presupposti per l'operatività dell'art. 2051 c.c. che debbono essere dimostrati dal danneggiato, al fine di poter affermare che il danno è conseguenza causale della situazione dei luoghi"* (Cass., sent. n. 2660/2013).

Tale principio è stato a più riprese ribadito della giurisprudenza di legittimità, che ha inteso specificare come *"in tema di responsabilità civile per danni da cose in custodia, la condotta del danneggiato, che entri in interazione con la cosa, si attegga diversamente a seconda del grado di incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione - anche ufficiosa - dell'art. 1227, comma 1, c.c., richiedendo una valutazione che tenga conto del dovere generale di ragionevole cautela, riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost., sicché, quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione da parte del danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando sia da escludere che lo stesso comportamento costituisca un'evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale, connotandosi, invece, per l'esclusiva efficienza causale nella produzione del sinistro"* (Cass., Ord. n. 9315 del 03/04/2019; Cass., Ord. n. 17873 del 27/08/2020).

Sempre con riferimento alla prova del nesso causale, la Suprema Corte ha di recente chiarito, con indirizzo del tutto

condiviso, che “ai fini del riconoscimento della responsabilità oggettiva di cui all’art. 2051 c.c., il danneggiato deve fornire la prova della sussistenza di un effettivo e concreto nesso di causa tra la cosa in custodia e l’evento dannoso e, cioè, la dimostrazione che l’evento è stato concretamente provocato dalla cosa e non da altri diversi fattori causali, sicché non è a tal fine sufficiente provare che il sinistro e la cosa custodita si collocano, genericamente e complessivamente, in un medesimo contesto, essendo sempre necessario allegare e dimostrare l’effettiva dinamica del fatto, intesa come la successione dei fatti e l’insieme dei fattori che, producendo determinati effetti, determinano lo sviluppo di un evento” (Cass., Ord. n. 12760 del 09/05/2024).

Dando applicazione di tali principi, nel caso di specie, si ritiene che l’attore abbia assolto all’onere probatorio sul medesimo gravante.

Innanzitutto, egli ha dimostrato compiutamente il verificarsi e la dinamica del sinistro.

Sia dal verbale arbitrale, sia da tutte le dichiarazioni testimoniali, è emerso con certezza che, durante la partita di calcio, il sig. N. veniva sbalzato contro la rete di recinzione a seguito di un violento scontro di gioco con un suo avversario.

Inoltre, coloro che avevano una maggior visuale, ed in particolare il teste NB., sono stati in grado di precisare che l’attore è rimasto incastrato con il piede nel fosso insistente tra il cordolo in cemento di canalizzazione delle acque e la recinzione metallica a confine del campo sportivo e che a quel punto è caduto, schiacciando con il peso del corpo il braccio destro, lo stesso con cui aveva urtato la recinzione.

Precisamente, il testimone NB ha dichiarato che “ero in campo il giorno dell’incidente; N. era terzino destro ed io centrocampista sullo stesso lato: in genere io dovevo avere una posizione più avanzata rispetto a lui ma in occasione dell’incidente era il contrario per cui lui era più avanti rispetto a me per cui io ho visto bene cosa è successo: c’era una palla che stava uscendo lateralmente, N. correva per cercare di prenderla prima che uscisse ma un difensore dell’altra squadra per proteggere la palla impedendogli di raggiungerla gli ha dato una spallata e lo ha fatto andare fuori capo; sul capo 4) premetto che ero a pochi metri da N. ed ho visto che è andato ad urtare contro la recinzione e poi è finito con il piede nel fosso che c’è tra la recinzione ed il cordolo di cemento, fosso che vedo raffigurato nelle foto di parte attrice che mi vengono rammostrate; sul capo 5) ho visto che dopo l’urto contro la recinzione e dopo che il piede gli era finito nel fosso N. è caduto ed il peso del corpo gli è rimasto sopra al braccio con cui ha urtato il cordolo. Adr: contro la recinzione N. ha urato con il braccio destro ed è caduto poi su sé stesso”.

Tale dichiarazione trova piena conferma nelle altre testimonianze, rese da coloro che - seppur con minor visuale e grado di precisione - hanno assistito all’accaduto. Il testimone V. ha affermato: “sul capo 4) quel che ho visto è che N. è andato a sbattere contro la recinzione e poi è caduto giù nel senso che è come se si fosse abbassato dal che desumo che con un piede sia finito dentro al fosso tra il campo e la recinzione che vedo raffigurato nelle foto di parte attrice che mi vengono rammostrate”.

Anche il testimone R. ha dichiarato che “sul capo 4) ho visto N. andare ad urtare contro la rete di recinzione e poi cadere nel fosso tra la rete ed il palo dell’illuminazione; preciso che dal mio punto di osservazione non ho visto direttamente dove ha messo il piede N. però conosco il campo perché ci giocavo e sapevo che c’è un fosso tra la recinzione ed il campo; riconosco il campo e la recinzione laterale nelle foto di parte attrice (pro. 1) che mi vengono rammostrate. Adr. in quel momento stavamo attaccando e N. correva lungo la fascia laterale; un difensore della squadra avversaria lo ha affiancato e gli ha dato una spallata e a seguito della spallata N. è finito contro la

recinzione. Adr: l’arbitro non ha fischiato per cui non ha ritenuto che l’intervento fosse falloso; sul capo 5) confermo di avere visto N. cadere: per quanto ricordo è caduto lateralmente; non ho visto per la mia posizione se abbia effettivamente urtato cadendo il cordolo di cemento; però come ho detto prima conosco il campo e so che c’è il cordolo di cemento tra il campo e la recinzione per cui presumo che effettivamente ci sia caduto sopra”.

Alla luce di tali elementi probatori, deve ritenersi che il sinistro, come verificatosi in concreto, derivi causalmente da due fattori rilevanti a fini eziologici, da un lato, la spallata subita sul lato sinistro dall’avversario di gioco, che ha spinto il giocatore contro la rete, d’altro lato, la canalina di scolo delle acque nel quale si è incastrato il piede del danneggiato in quanto priva di griglia, così provocandone la caduta e lo schiacciamento del gomito destro sul cordolo sotto il peso del corpo.

Le lesioni subite all’omero, infatti, non possono che dipendere dai colpi complessivamente subiti.

In particolare, sotto tale profilo, il CTU medico legale ne ha attestato la piena compatibilità con la dinamica prospettata dall’attore ed in particolare non solo con l’urto sulla recinzione, ma anche con lo scontro dell’arto sul cordolo di cemento all’esito della caduta.

Alla luce di tali considerazioni, risulta dimostrata la dinamica del sinistro, nonché il nesso di causa tra la cosa in custodia ed il fatto dannoso.

Si ritiene, infatti, in via presuntiva e con alto grado di probabilità che se l’attore si fosse limitato ad urtare la recinzione con il braccio destro, le conseguenze del sinistro sarebbero state meno gravi.

Invece, l’entità e la gravità dei postumi devono essere ricollegati al fatto che egli, rimanendo incastrato con il piede nella canalina, è caduto schiacciando il braccio destro sul cordolo in cemento con il peso del corpo.

Va, poi, tenuto conto, in applicazione dei principi giurisprudenziali sopra riportati, che se è vero che nel caso di specie la condotta umana si è innestata sulla cosa di per sé statica e inerte, altresì è vero che, da un lato, l’impianto sportivo si è rivelato intrinsecamente pericoloso e non conforme alle normative in tema di sicurezza; d’altro lato, l’attore non avrebbe potuto evitare l’evento usando l’ordinaria diligenza.

Sotto il primo profilo, dalla CTU appositamente svolta in corso di causa, da intendersi richiamata e recepita in questa sede, è emerso che “il campo non è conforme alle normative di settore per la non presenza della griglia di chiusura della canaletta in c.a. per tutta lunghezza delle due canalette in c.a. nei lati lunghi”. Anche rispetto della conformità dei lavori di manutenzione straordinaria eseguiti dal Comune rispetto al progetto esecutivo depositato la consulente ha affermato che “non sussiste la conformità tra il progetto esecutivo e le opere realizzate, in quanto è mancante la griglia di chiusura della canalina, che dal computo metrico è peraltro prevista solo nel lato della pista di atletica, ma individuata chiaramente negli elaborati grafici, che fanno parte integrante del Progetto Esecutivo”.

La mancanza della griglia di protezione, integrante l’elemento di difformità tra l’impianto e le normative in tema di sicurezza, costituisce un elemento atto a rendere intrinsecamente pericoloso il campo. Ed infatti, proprio tale omissione ha comportato che il sig. N., sbalzato contro la rete di recinzione a seguito di un contrasto con un avversario, sia rimasto incastrato nel cordolo con il piede, così procurandosi una inevitabile caduta.

Secondo un ragionamento presuntivo e a contrario, evidentemente ove fosse stata presente la griglia di protezione, l’attore avrebbe sì urtato la recinzione, ma avrebbe evitato la

rovina al suolo e lo schiacciamento del braccio sul cordolo in cemento con il peso del corpo.

Al riguardo, le considerazioni svolte dalla CTU sul fatto che il sinistro si sarebbe ugualmente verificato nelle medesime modalità non sono significative e sono superabili.

Infatti, l'architetto P. ha formulato tale ipotesi solo sulla base del referto arbitrale, non avendo a disposizione le risultanze testimoniali, ed ha quindi ritenuto che la lesione al braccio sia dipesa non dalla caduta ma dall'urto contro la recinzione. Muovendo da tale solo presupposto, ella ha affermato che a prescindere dalla conformità del campo sportivo alle normative di settore, l'evento si sarebbe verificato in ogni caso. *"Ipoteizziamo che ci fosse stata la griglia sulla canaletta in c.a. e che la recinzione fosse stata nello stato di fatto come dal particolare costruttivo del Progetto Esecutivo, essa sarebbe stata comunque presente, oltre ad essere obbligatoria per le normative di settore. Il calciatore, a causa dell'azione di gioco, nel replicare la stessa dinamica dell'evento, avrebbe comunque urtato contro la recinzione, conseguenza peraltro di un "normale contrasto di gioco", quindi evento che si verifica spesso durante le partite di calcio"*.

Sennonché, tale supposizione non tiene conto delle successive risultanze dell'istruttoria orale e della consulenza medico legale, all'esito delle quali risulta provato che la lesione al braccio non è dovuta solo all'urto contro la recinzione, bensì alla caduta dovuta alla canalina non protetta.

Sotto tale profilo, non può ritenersi che il referto arbitrale sia di per sé idoneo a superare le dichiarazioni testimoniali, tenuto conto che il verbale si limita per sua funzione a riportare il contrasto di gioco ma non ha lo scopo di dettagliare ed indicare con precisione la dinamica del sinistro.

D'altra parte, non può ragionevolmente sostenersi che la condotta dell'attore sia stata imprudente e che egli avrebbe potuto evitare l'evento usando l'ordinaria diligenza.

In effetti, anche tenuto conto dell'orario diurno e della pregressa conoscenza dello stato dei luoghi quali elementi dedotti dai convenuti a dimostrazione del concorso di colpa dell'attore, deve rilevarsi che egli è stato sobbalzato contro la rete di recinzione a causa di una spallata ricevuta da un avversario di gioco. Il movimento contro la rete è avvenuto in via necessitata, a causa dello scontro, e non è stato volontario. È del tutto evidente che, in tale condizione, egli non abbia avuto modo di evitare di incastrare il piede nella canalina, ma al contrario si sia trovato scaraventato sulla recinzione e abbia incastrato involontariamente il piede.

Non può pertanto essere ascritto all'attore nessun concorso nella causazione dell'evento.

Alla luce di quanto precede, il sinistro per come verificatosi in concreto deve essere concausalmente ascritto sia all'azione di gioco, ed in particolare al fallo inflitto dall'avversario nei confronti dell'attore, sia alla canalina di scolo che, in quanto priva di griglia, ha determinato l'incastro dell'arto inferiore dell'attore e la sua caduta sul braccio destro.

Ne consegue che, ai sensi dell'art. 2055 c.c., il custode dell'impianto sportivo è tenuto a rispondere per intero nei confronti di N. ai sensi dell'art. 2055 c.c.

La norma, infatti, prende in considerazione "il fatto dannoso" come unico. L'unicità, come noto, deve essere intesa in senso non assoluto, ma relativo al danneggiato, ricorrendo, pertanto, tale forma di responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni od omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, ed anche diversi, sempreché le singole azioni od omissioni abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno. In altri termini, per il sorgere della responsabilità solidale dei danneggianti l'art.

2055 c.c., comma 1, richiede solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano tra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità di ciascuna di tali persone, e anche se alcune di esse risultino scriminate, come nel caso di specie dall'azione di gioco.

Ed invero, va considerato che - come a più riprese e anche di recente stabilito dalla Suprema Corte, *"il responsabile di una società sportiva che abbia la disponibilità di impianti ed attrezzature per l'esercizio delle attività e discipline sportive è titolare di una posizione di garanzia, ai sensi dell'art. 40, comma 2, del c.p., ed è tenuto anche per il disposto di cui all'art. 2051 del c.c. a garantire l'incolumità fisica degli utenti e ad adottare quelle cautele idonee a impedire il superamento dei limiti di rischio connotati alla normale pratica sportiva, con la conseguente affermazione del nesso di causalità tra l'omessa adozione di dette cautele e l'evento lesivo occorso ad un utente dell'impianto sportivo. In particolare, l'attività agonistica implica l'accettazione del rischio ad essa inerente da parte di coloro che vi partecipano, per cui i danni da essi eventualmente sofferti rientranti nell'alea normale ricadono sugli stessi, onde è sufficiente che gli organizzatori, al fine di sottrarsi ad ogni responsabilità, abbiano predisposto le normali cautele atte a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, nel rispetto di eventuali regolamenti sportivi"* (Cass., sent. 14/03/2024, n. 6877).

Infatti, la responsabilità dei custodi dell'impianto sussiste in tutti i casi in cui sia stata omessa la predisposizione di quelle cautele necessarie al fine di contenere il rischio accettato dall'atleta agonista, nei limiti dell'attività sportiva.

Nel caso concreto, dagli elementi sopra riportati risulta che il rischio al quale si è sottoposto il sig. N. durante la partita di calcio disputata non era limitato a quello fisiologico determinato dall'esercizio dell'attività agonistica, bensì aumentato dalla difformità del bordo dell'area di gioco rispetto alle normative di sicurezza, che ne rendevano senz'altro maggiormente pericolosa la fruizione.

## 2) Sull'individuazione del responsabile.

Va a questo punto identificato quale responsabile il soggetto che aveva effettivamente il potere di ingerenza e di gestione del campo sportivo, sotto il profilo della struttura e della manutenzione.

Al riguardo, si ritiene che la responsabilità sia interamente addebitabile al Comune di, proprietario e concedente del bene e **non** alla chiamata Polisportiva, che ne aveva la gestione in qualità di concessionario.

Infatti, facendo applicazione della pacifica giurisprudenza di legittimità, dettata in tema di locazione di immobili ed applicabile per analogia di ratio anche al caso di specie, poiché la responsabilità ex art. 2051 c.c. implica la disponibilità giuridica e materiale del bene che dà luogo all'evento lesivo, al proprietario dell'immobile locato, e così in questo caso al concedente ente locale, sono riconducibili in via esclusiva i danni arrecati a terzi dalle strutture murarie e dagli impianti in esse conglobati, di cui conserva la custodia anche dopo la locazione, mentre grava sul solo conduttore, in questo caso gestore, la responsabilità per i danni provocati dagli accessori e dalle altre parti dell'immobile, che sono acquisiti alla sua disponibilità. (*ex multis*, Cass., sent. n. 10983 del 26/04/2023). Dunque, nel caso di specie, per la stagione calcistica 2019/2020, è pacifico e documentato che il Comune di, proprietario dell'impianto, avesse concesso in appalto alla Polisportiva i soli servizi di apertura, chiusura, vigilanza e pulizia del campo (docc. 8 e 9 parte Polisportiva).

Corrispettivamente, la Polisportiva assumeva la piena respon-



sabilità nell'organizzazione dei soli servizi oggetto dell'appalto, con precisazione che essa "non può essere chiamata a rispondere dei danni subiti dall'utenza per cause indipendenti dall'esecuzione del presente contratto" (doc. 9).

Dalla circoscrizione dell'oggetto dell'appalto, limitato ai soli servizi accessori all'utilizzo del campo (apertura, chiusura, pulizia e vigilanza) risulta inequivocabile che tutti gli oneri di manutenzione, ordinaria e straordinaria, nonché evidentemente la gestione degli impianti in relazione alla loro conformità rispetto alla normativa vigente, fossero rimasti in capo al proprietario.

Tale linea interpretativa trova sicura conferma nel provvedimento di nulla osta con cui il Sindaco del Comune di, nell'autorizzare la Polisportiva all'utilizzo del campo da gioco (doc. 12), attestava la perfetta conformità dell'impianto a tutte le norme in tema di sicurezza e si impegnava testualmente a mantenere l'area nelle migliori condizioni di "manutenzione, sicurezza, igiene, decoro", vincolandosi altresì a non eseguire lavori di miglioria durante la stagione calcistica. Da tali elementi documentali, risulta che la struttura del campo, la conformità dello stesso alle prescritte norme in tema di sicurezza e la manutenzione rientrassero negli oneri del proprietario che, con riferimento a tali aspetti, era rimasto giuridicamente custode dell'area.

Al contrario, dalla documentazione non si rinviene che Polisportiva abbia assunto nei confronti della stazione appaltante alcun obbligo relativo alla conformità, omologazione e sicurezza del terreno da gioco.

Ne discende che solo il Comune, in qualità di proprietario dell'area, aveva il potere e il correlativo onere di gestione e di ingerenza sulla sicurezza del campo sportivo, tant'è vero che solo l'ente locale risulta aver effettuato interventi manutentivi anche straordinari nel corso degli anni.

Pertanto, ai sensi dell'art. 2051 c.c., la responsabilità del sinistro deve essere imputata in capo al solo Comune, con la conseguenza che la domanda di manleva avanzata dall'ente locale nei confronti della Polisportiva deve essere rigettata.

Dall'insussistenza di responsabilità in capo alla terza chiamata discende conseguentemente il respingimento della domanda da questa formulata nei confronti della propria compagnia assicuratrice.

### 3) Sulla quantificazione dei danni.

Accertata la corresponsabilità del Comune nella causazione dell'evento lesivo, l'attore ha diritto ad ottenere il risarcimento integrale dei danni subiti nei confronti del danneggiante tenuto in via solidale al pagamento dell'intero ai sensi dell'art. 2055 c.c. Per ciò che attiene alla liquidazione del danno alla persona va, preliminarmente, tenuto presente l'indirizzo della Corte di Cassazione enunciabile, in sintesi, mediante il richiamo alla pronuncia della stessa Suprema Corte (Cass., sent. n. 7513/2018; Cass., sent. n. 25164/2020), che ha riassunto con estrema chiarezza l'approdo giurisprudenziale al quale è pervenuta la giurisprudenza di legittimità mediante il travagliato iter susseguito alle sentenze emesse a Sezioni Unite nell'anno 2008 (Cass., SS.UU., novembre 2008, nn. 26972-26973-26974-26975). Secondo i principi enunciati, integralmente condivisi dalla scrivente giudice "1) l'ordinamento prevede e disciplina soltanto due categorie di danni: quello patrimoniale e quello non patrimoniale. 2) Il danno non patrimoniale (come quello patrimoniale) costituisce una categoria giuridicamente (anche se non fenomenologicamente) unitaria. 3) "Categoria unitaria" vuol dire che qualsiasi pregiudizio non patrimoniale sarà soggetto alle medesime regole e ad i

medesimi criteri risarcitori (artt. 1223, 1226, 2056, 2059 c.c.).

4) Nella liquidazione del danno non patrimoniale il giudice deve, da un lato, prendere in esame tutte le conseguenze dannose dell'illecito; e dall'altro evitare di attribuire nomi diversi a pregiudizi identici. 5) In sede istruttoria, il giudice deve procedere ad un articolato e approfondito accertamento, in concreto e non in astratto, dell'effettiva sussistenza dei pregiudizi affermati (o negati) dalle parti, all'uopo dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, opportunamente accertando in special modo se, come e quanto sia mutata la condizione della vittima rispetto alla vita condotta prima del fatto illecito; utilizzando anche, ma senza rifugiarsi aprioristicamente, il fatto notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, e senza procedere ad alcun automatismo risarcitorio. 6) In presenza d'un danno permanente alla salute, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e l'attribuzione d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente (quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale: ovvero il danno dinamico-relazionale). 7) In presenza d'un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale ed affatto peculiari. Le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo l'id quod plerumque accidit (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento. 8) In presenza d'un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione). 9) Ove sia correttamente dedotta ed adeguatamente provata l'esistenza d'uno di tali pregiudizi non aventi base medico-legale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione (come è confermato, oggi, dal testo degli artt. 138 e 139 cod. ass., così come modificati dall'art. all'articolo 1, comma 17, della legge 4 agosto 2017, n. 124, nella parte in cui, sotto l'unitaria definizione di "danno non patrimoniale", distinguono il danno dinamico relazionale causato dalle lesioni da quello "morale")".

Sulla scorta di tali enunciazioni di principio, per quanto riguarda la liquidazione del danno non patrimoniale per le lesioni patite dall'attore, questo giudice ritiene di dover orientare la liquidazione equitativa in base ai criteri adottati dal Tribunale di Milano con le tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione alla integrità psico-fisica aggiornate al tempo della decisione, riconosciute dalla Suprema Corte di Cassazione, in alcune recenti decisioni, quale parametro per la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale su tutto il territorio nazionale (es. Cass., 7/6/2011, n. 12408).

Muovendo da tali presupposti, si procede alla quantificazione dei danni subiti dall'attore facendo riferimento alle conclusioni della consulenza tecnica medico-legale, da intendersi qui integralmente richiamate.

Il perito, in seguito ad indagini accurate e tecnicamente corrette, ha ritenuto la dinamica dell'infortunio compatibile con le lesioni

riportate dall'attore e ha accertato che egli è affetto da "esiti di traumatismo da caduta accidentale con trauma arto sup. dx e spiroide con III frammento diafiso metafisaria distale di omero con frattura epicondilo mediale omero destro trattata chirurgicamente, con presenza dei m.d.s. e presenza di ernia muscolare. Le lesioni conseguenti al sinistro hanno comportato, secondo la valutazione espressa dal C.T.U. incaricato, un periodo di inabilità temporanea biologica totale di 5 giorni, di temporanea parziale al 75% di 30 giorni, di temporanea parziale al 50% di ulteriori 30 giorni, di temporanea parziale al 25% di ulteriori 40 giorni, con grado di sofferenza psicofisica di grado 3 in relazione al periodo di inabilità temporanea. Inoltre, l'attore ha riportato postumi di natura permanente tali da incidere sulla integrità psico-fisica (danno biologico) del soggetto nella misura del 13%. Alla luce delle conclusioni del CTU nella relazione tecnica depositata, avuto riguardo al caso concreto, tenuto conto della gravità delle lesioni, della durata dell'inabilità temporanea, dell'età della persona al momento del sinistro (anni 20) e dell'entità dei postumi permanenti, in via equitativa è possibile liquidare per la voce di danno non patrimoniale, la somma di euro 6.037,50 in moneta attuale per ciò che riguarda l'inabilità temporanea (reputandosi equo calcolare un parametro medio giornaliero di euro 115,00 per l'inabilità totale, proporzionalmente diminuito per quelli di inabilità temporanea parziale), e di euro 34.966,00 in moneta attuale per le conseguenze personali riferibili ai postumi permanenti.

Al riguardo, questo giudice chiarisce di aver ritenuto opportuno, ai fini della liquidazione equitativa del danno alla persona riportato dall'attore, adottare i valori tabellari medi adottati dal Tribunale di Milano, senza tenere conto della maggiorazione prevista per il danno da sofferenza soggettiva, in quanto non specificamente allegato, richiesto e provato.

Inoltre, non è stata operata alcuna personalizzazione dei valori medi previsti dalla tabella di riferimento, non essendo stati allegati né tantomeno peculiari elementi peculiari tali da giustificare il discostamento.

Complessivamente, il Comune di deve essere condannato a pagare all'attore la somma di euro 41.003,50 in moneta attuale. Poiché nelle obbligazioni di valore il debitore è in mora dal momento della produzione dell'evento di danno, sulle somme riconosciute in favore dell'attore sono inoltre dovuti gli interessi compensativi al tasso legale dal momento del fatto, per la ritardata corresponsione dell'equivalente pecuniario del danno. Avuto riguardo ai principi enunciati dalla sentenza n. 1712/1995 delle SS.UU. della Corte di Cassazione, al fine di evitare un lucro ingiustificato per il creditore, e per meglio rispettare la funzione compensativa dell'interesse legale riconosciuto sulla somma rivalutata, gli interessi devono essere calcolati non sulla somma rivalutata (o espressa in moneta attuale) al momento della liquidazione, né sulla somma originaria, ma debbono essere computati sulla somma originaria che via via si incrementa, a partire dal livello iniziale fino a quello finale, nei singoli periodi trascorsi. Dalla data della sentenza sono dovuti gli interessi al tasso legale sul solo importo liquidato, corrispondente al capitale già rivalutato.

#### 4) Sulle spese di lite.

Le spese di lite seguono la soccombenza e pertanto vengono integralmente poste a carico del Comune di non solo quelle sostenute dall'attore, ma anche quelle sostenute dalla terza chiamata, rimasta vittoriosa rispetto alla domanda di manleva svolta dal convenuto, e conseguentemente dalla sua compagnia assicurativa. Infatti, con riguardo a Generali, la chiamata da parte di Polisportiva trova giustificazione e origine nella domanda spiegata

dal Comune nei confronti della assicurata. Sicché, anche le spese sostenute dall'assicurazione devono essere poste a carico della parte rimasta soccombente rispetto alla domanda svolta verso la terza chiamata.

Le spese sono liquidate direttamente in dispositivo in base ai parametri indicati dal DM 147/2022, tenuto conto del valore della causa (calcolato sulla base del risarcimento accertato e liquidato), della modesta complessità delle questioni giuridiche trattate, dell'attività difensiva in concreto svolta e dunque facendo applicazione degli importi medi di riferimento ridotti del 30% per le fasi di studio, introduttiva, istruttoria e decisionale. Inoltre, deve precisarsi che le spese liquidate in favore dell'attore devono essere versate nei confronti dell'Erario, essendo il sig. N. ammesso al patrocinio a spese dello Stato.

Anche le spese delle due CTU, come liquidate in corso di causa, devono essere definitivamente poste a carico del Comune convenuto, rimasto soccombente.

Polisportiva ha altresì diritto ad ottenere il rimborso delle spese di CTP, tenuto conto che, per orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, la consulenza tecnica di parte ha natura di allegazione difensiva tecnica e le spese sostenute per l'espletamento della stessa rientrano tra quelle che la parte vittoriosa ha diritto di vedersi rimborsate.

Come altresì chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, tali costi costituiscono "spese giudiziali" e non componenti del danno da risarcire sicché le relative somme devono essere considerate nella liquidazione delle spese processuali da porre, in tutto o in parte, a carico del soccombente.

#### P.Q.M.

il Tribunale di Savona, definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda ed eccezione rigettata, così provvede:

accerta la responsabilità del Comune di nella causazione del sinistro occorso a N. in data 10.11.2019;

condanna il Comune di a pagare in favore di N. la somma di euro 41.003,50, oltre interessi compensativi al tasso legale dalla data del fatto alla data della presente sentenza e interessi legali dalla data della sentenza al saldo;

rigetta le domande formulate da Comune di N. nei confronti di Polisportiva e, conseguentemente, le domande avanzate dall'assicurata nei confronti di Generali Assicurazioni s.p.a.; pone definitivamente a carico del Comune di N. le spese di entrambe le C.T.U., come liquidate in corso di causa;

condanna il Comune di al pagamento delle spese processuali: - in favore di N., che liquida in € 5.331,20 per compenso, oltre al 15% del compenso per rimborso forfettario spese generali, I.V.A. (se non recuperabile in virtù del regime fiscale della parte) e C.P.A., da versare nei confronti dell'Erario; - in favore di Polisportiva che liquida in € 3092,56 (di cui 2.545,00 per CTP e la residua parte per anticipazioni) per esborsi ed in € 5.331,20 per compenso, oltre al 15% del compenso per rimborso forfettario spese generali, I.V.A. (se non recuperabile in virtù del regime fiscale della parte) e C.P.A.; - in favore di Generali Assicurazioni spa, che liquida in € 5.331,20 per compenso, oltre al 15% del compenso per rimborso forfettario spese generali, I.V.A. (se non recuperabile in virtù del regime fiscale della parte) e C.P.A. (...omissis...).

---

Corte di Cassazione, sez. III civ., 7 ottobre 2024, n. 26127 - Pres. Scarano - Rel. Condello.

(Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Genova n. 349/2020 pubblicata in data 31 marzo 2020).

**SEPARAZIONE dei coniugi - accordi patrimoniali tra coniugi recepiti nella sentenza o decreto di omologazione passaggio in giudicato - natura negoziale dell'accordo - azione revocatoria (ordinaria o fallimentare) da parte dei creditori - ammissibilità.**

(Artt. 158, 1322, 2901 c.c. e art. 711 c.p.c.)

*Gli accordi patrimoniali tra coniugi sul trasferimento della casa, conclusi in sede di separazione giudiziale o consensuale e recepiti nella relativa sentenza o decreto di omologazione, mantengono natura negoziale e sono soggetti alle ordinarie impugnative, compresa l'azione revocatoria da parte dei creditori anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza che li ha recepiti, spiegando quest'ultima efficacia meramente dichiarativa, come tale non incidente sulla natura di atto contrattuale privato del suddetto accordo.*

*Tali accordi, pur se inseriti in un provvedimento giudiziale, non perdono la loro autonomia e non sono qualificabili come atti dovuti ai sensi dell'art. 2901, comma 3, c.c.*

*La natura onerosa o gratuita dell'attribuzione patrimoniale va valutata in concreto, considerando l'eventuale funzione solutorio-compensativa rispetto ai pregressi rapporti tra i coniugi.*

**Abstract.**

La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso di un ex marito contro la decisione della Corte d'Appello di Genova che aveva ritenuto ammissibile l'azione revocatoria proposta da Mps gestione crediti sulla base di un decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Massa.

Il giudice di secondo grado aveva bocciato l'eccezione secondo la quale il trasferimento di proprietà dell'unico immobile di sua proprietà alla ex, non sarebbe scaturito dal verbale di separazione consensuale, ma dalla sentenza che aveva chiuso il giudizio di separazione giudiziale. Secondo il Collegio infatti quest'ultima si limitava a recepire l'accordo raggiunto dai coniugi; precisando inoltre che il trasferimento non era avvenuto con adempimento dell'obbligo di mantenimento ma a titolo gratuito.

Nel ricorso in Cassazione, si reiterava l'argomento secondo il quale il trasferimento derivante da una pronuncia passata in giudicato doveva essere inquadrato nella categoria dell'atto dovuto, come tale non revocabile ex articolo 2901, terzo comma, c.c.

La Suprema Corte afferma che, "con orientamento costante ed univoco", non ha mai dubitato della esperibilità dell'actio pauliana in relazione ad atti traslativi riversati negli accordi di separazione consensuale o di divorzio congiunto. L'accordo di separazione costituisce un atto di natura essenzialmente negoziale rispetto al quale il provvedimento di omologazione si attegga a mera condizione sospensiva (legale) di efficacia, avendo la funzione circoscritta di verificare che la convenzione sia compatibile con le norme cogenti ed i principi di ordine pubblico.

Ora, considerato che pattuizioni relative tra le altre cose a beni immobili possono rivelarsi lesive dell'interesse dei creditori, la Suprema Corte ha affermato che nessun ostacolo testuale o logico - giuridico si frappone alla loro impugnazione tramite azione revocatoria, tanto ordinaria che fallimentare. Tali azioni non possono ritenersi precluse né dall'avvenuta omologazione dell'accordo di separazione, né dalla pretesa "inscindibilità" della pattuizione stessa dal complesso delle altre condizioni della separazione.

Tali conclusioni valgono anche nel caso di specie, con la sola differenza che, "mentre in quelli gli accordi patrimoniali erano posti ad oggetto di separazione consensuale omologata dal Tri-

bunale, nel caso in esame essi sono invece posti ad oggetto di ricorso di separazione giudiziale necessariamente concluso con sentenza che ne ha recepito il contenuto". "Si tratta però di differenza che, ai fini in esame, rimane priva di rilievo".

A.B.

(...Omissis...)

**Fatti di causa.**

1. MPS Gestione Crediti Banca s.p.a., in nome e per conto della Banca dei Monte dei Paschi di Siena s.p.a., deducendo di essere creditrice, in forza di decreto ingiuntivo n. 233/2009 emesso dal Tribunale di Massa, nei confronti di P.L., fideiussore di Isola del Benessere s.r.l., conveniva in giudizio quest'ultimo e il coniuge G.L., chiedendo dichiararsi "inefficacia, ai sensi dell'art. 2901 cod. civ., del verbale di separazione consensuale con assegnazione dei beni del Tribunale di Massa del 6 agosto 2007, nonché dell'atto del 3 aprile 2008, con cui erano stati ceduti alla convenuta il diritto di abitazione e poi i diritti reali, per la quota del 50 per cento, dell'Immobile sito in Carrara, distinto al foglio 9, mapp. OMISSIS, sub. 3.

All'esito della costituzione dei convenuti, il Tribunale di Massa dichiarava il difetto di legitimatio ad processum in capo all'attrice, per non avere quest'ultima dimostrato l'inclusione del rapporto sostanziale controverso tra quelli gestiti dall'Ufficio periferico di Pisa, il cui responsabile, B.P., aveva rilasciato la procura, in calce all'atto di citazione, al difensore della società attrice.

2. La Corte d'Appello di Genova, investita del gravame proposto da Banca Monte dei Paschi di Siena, lo ha accolto, rilevando, preliminarmente, che il difetto di rappresentanza era stato sanato mediante la proposizione dell'appello da parte della società che, secondo il giudice di primo grado, era stata difettosamente rappresentata.

Ha poi ritenuto ammissibile l'azione revocatoria, disattendendo l'eccezione sollevata dal P. secondo la quale il trasferimento di proprietà non scaturiva dal verbale di separazione consensuale, ma dalla sentenza - n. 734/2007 del Tribunale di Massa - che aveva chiuso il giudizio di separazione giudiziale, sul rilievo che quest'ultima si limitava a recepire l'accordo raggiunto dai coniugi in ordine alle questioni economiche, che prevedeva, tra l'altro, l'assegnazione della casa coniugale alla G. e l'impegno del P. a trasferire al coniuge la quota di comproprietà di cui era titolare.

Esaminando, in particolare, i presupposti dell'azione esperita, ha escluso che il trasferimento fosse stato effettuato in adempimento dell'obbligo di mantenimento gravante sul P. nei confronti della moglie ed ha qualificato l'atto dispositivo come a titolo gratuito, considerando irrilevante la consapevolezza, in capo alla G., del pregiudizio arrecato alle ragioni creditorie, e precisando che, seppure si fosse voluto qualificare l'atto dispositivo come a titolo oneroso, ciò non ostava alla revocabilità del trasferimento, emergendo detta consapevolezza dal ricorso per separazione personale e dal provvedimento presidenziale del 5 novembre 2002, in cui si dava atto delle difficoltà economiche in cui versava il P. A tanto ha aggiunto che l'atto di trasferimento aveva ad oggetto l'unico cespite immobiliare del debitore, cosicché la consapevolezza del debitore e del terzo del pregiudizio patrimoniale arrecato poteva ritenersi in re ipsa; con riguardo, poi, alla ragione di credito, ha osservato che era stata riformata, in appello, la sentenza che aveva revocato, in primo grado, il decreto ingiuntivo in forza del quale la Banca aveva agito ai sensi dell'art. 2901 cod. civ.



3. P.L. propone ricorso per la cassazione della suddetta sentenza, con quattro motivi. Siena NPL 2018 s.r.l. resiste con controricorso. G.L. è rimasta intimata e non ha svolto attività difensiva in questa sede.

4. All'esito dell'adunanza camerale del 22 settembre 2023, in prossimità della quale la controricorrente ha depositato memoria illustrativa, il Collegio, con ordinanza interlocutoria, ha rinviato la causa alla pubblica udienza, in ragione della particolare rilevanza della questione prospettata con il primo motivo di ricorso.

Fissata la pubblica udienza, il Procuratore Generale ha depositato conclusioni scritte ed entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 378 cod. proc. civ.

### Ragioni della decisione.

1. Preliminarmente, va disattesa l'eccezione d'inammissibilità del controricorso per difetto di legitimatio ad causam.

1.1. Il ricorrente, al riguardo, evidenzia che Siena NPL 2018 s.r.l. e, per essa, il suo procuratore speciale Juliet s.p.a., si è limitata a dichiarare, in controricorso, di essere ...piena e legittima titolare di un portafoglio di crediti, tra cui quello inerente il presente procedimento... e, per l'effetto, di essere titolare del diritto di contraddire quale successore del diritto controverso ex art. 111 cod. proc. civ. di Banca Monte dei Paschi di Siena, come ...da avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale ed allegato.

Sostiene che, diversamente da quanto dedotto, nella specie, non si controverte del diritto di credito oggetto di pretesa cessione, ma unicamente del diritto di contraddire in relazione alla domanda di inefficacia ex art. 2901 cod. civ. di un atto di compravendita immobiliare, intercorso tra i coniugi a seguito di sentenza di separazione, e che il cessionario del credito in relazione al quale è stata proposta dal cedente azione revocatoria non possa considerarsi successore a titolo particolare nel diritto controverso, stante l'inapplicabilità del richiamato art. 111 Cost..

Soggiunge, sotto altro profilo, che, in ogni caso, il soggetto che intende contraddire in qualità di successore, a titolo universale o particolare, deve dimostrare tale qualità e che, nel caso de quo, tale prova non è stata fornita, non potendo a tal fine valere l'avviso di cessione pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in cui non viene in alcun modo individuato il credito pretesamente vantato.

1.2. Con specifico riferimento al primo rilievo, è sufficiente rammentare che è ormai superato l'orientamento giurisprudenziale invocato dal ricorrente (Cass. n. 25660/14), seguito anche da Cass. n. 29637/17, secondo cui in tema di azione revocatoria, qualora la parte attrice ceda il proprio credito nel corso del giudizio, è inammissibile l'intervento in causa del cessionario, non trovando applicazione l'art. 111 cod. proc. civ.. Questa Corte, invero, già con la sentenza del 22 giugno 2022, n. 20315, ha affermato l'opposto principio, al quale il Collegio intende dare continuità, secondo cui il cessionario di un credito beneficia ope legis, in conseguenza della cessione, degli effetti dell'azione pauliana vittoriosamente esperita dal cedente.

Come è stato esaustivamente spiegato anche con successive pronunce (tra le tante, Cass., sez. 3, 23/02/2023, n. 5649), non è possibile configurare un diritto alla declaratoria di inefficacia dell'atto come suscettibile di autonoma considerazione, agli effetti dell'art. 111 cod. proc. civ., rispetto al diritto di credito cui l'azione revocatoria accede quale strumento finalizzato alla conservazione della garanzia patrimoniale di cui

tale diritto gode ex art. 2740 cod. civ., in quanto chi agisce in revocatoria non fa valere un diritto diverso dal diritto di credito, ma propone una azione a tutela dello stesso, cosicché oggetto della successione, quale fenomeno processuale regolato dall'art. 111 Cost., non è propriamente una successione nel diritto sostanziale, ma una successione nel diritto "affer-mato" in giudizio e, in tal senso, una successione nella qualità di parte.

1.3. Ciò non toglie ovviamente che la titolarità di un diritto di credito, anche sub iudice, costituisce pur sempre condizione dell'azione revocatoria, sotto il profilo della legitimatio ad causam dell'attore (Cass., sez. 6 - 3, 30/06/2020, n. 12975; Cass., sez. 2, 04/11/2004, n. 21100).

Sul punto, in linea generale, va ribadito il principio secondo cui la parte che agisce affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco secondo la speciale disciplina di cui all'art. 58 del D.Lgs. I dicembre 1993, n. 385, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale (così Cass., sez. 1, 22/02/2022, n. 5857; Cass., sez. 6 -1, 05/11/2020, n. 24798), a meno che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta (Cass., sez. I, 02/03/2016, n. 4116; Cass., sez. 6 -1, 05/11/2020, n. 24798).

Del pari, occorre rammentare che il menzionato art. 58 del D.Lgs. n. 385 del 1993, nel consentire «la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco» detta una disciplina (ampiamente e sotto plurimi profili) derogatoria rispetto a quella ordinariamente prevista dal codice civile per la cessione del credito e del contratto (per questi aspetti, diffusamente, Cass., sez. 1, 31/12/2017, n. 31188): regolamentazione giustificata principalmente dall'oggetto della cessione, costituito, oltre che da intere aziende o rami di azienda, da interi «blocchi» di beni, crediti e rapporti giuridici, individuati non già singolarmente, ma per tipologia, sulla base di caratteristiche comuni, oggettive o soggettive, motivo per cui la norma prevede la sostituzione della notifica individuale dell'atto di cessione con la pubblicazione di un avviso di essa sulla Gazzetta Ufficiale, cui possono aggiungersi forme integrative di pubblicità (da ultimo, Cass., sez. 3, 16/04/2021, n. 10200).

Si è, quindi, affermato che, in tema di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca ex art. 58 del D.Lgs. n. 385 del 1993, è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché sia possibile individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione (in questo ordine di idee, oltre alla citata Cass., sez. 5, 29/12/2017, n. 31118; cfr. Cass., sez. 3, 13/06/2019, n. 15884; Cass., sez. 3, 10/02/2023, n. 4277).

Ebbene, nell'avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale Parte Seconda n. 151 del 23 dicembre 2017, allegato quale doc. 2 ter al controricorso, sono espressamente indicati i crediti derivanti dal rapporto con Banca MPS sorti anteriormente al 31 dicembre 2016 e passati a sofferenza in data anteriore al 31 dicembre 2016; sicché è evidente che il credito posto a fondamento dell'azione revocatoria sia ricompreso tra quelli oggetto di cessione.

2. Con il primo motivo il ricorrente denunziando, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., violazione o

falsa applicazione degli artt. 1399 cod. civ., 125 cod. proc. civ. e 182 cod. proc. civ., anche in relazione agli artt. 75 cod. proc. civ., 83 cod. proc. civ. e 183 cod. proc. civ., contesta la decisione impugnata con cui il giudice d'appello, richiamando un precedente di questa Corte e, precisamente, Cass. n. 4798 del 2020, ha ritenuto che il difetto di *legitimatio ad processum* fosse stato sanato *ex tunc*.

Evidenzia che le Sezioni Unite, con la sentenza n. 4248 del 2016, hanno stabilito che il giudice, in caso di difetto di rappresentanza, deve promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio, assegnando un termine alla parte che non vi abbia autonomamente provveduto, con effetti *ex tunc*, ma hanno pure precisato che qualora il rilievo del vizio non sia officioso, ma venga sollevato dalla controparte, l'onere di procedere alla sanatoria sorge immediatamente, non essendovi necessità di concedere un termine, che non sia motivatamente richiesto, giacché sul rilievo di parte l'avversario è chiamato a contraddire tempestivamente, con la produzione necessaria allo scopo.

Assume, di conseguenza, che, avendo eccepito il difetto di rappresentanza già in comparsa di costituzione e risposta di primo grado e non avendo la controparte, nonostante i termini ex art. 183 cod. proc. civ. concessi dal giudice, provveduto ad alcuna "sanatoria", risulta del tutto irrilevante il fatto che Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., nel giudizio di appello, fosse validamente rappresentata e che avesse inteso ratificare tutte le precedenti attività processuali (essendo già decorsi per la stessa i relativi termini decadenziali e non potendo, quindi, beneficiare di ulteriori possibilità).

2.1. Il motivo è infondato, anche se la motivazione della decisione impugnata, sul punto, deve essere corretta nei termini che di seguito si precisano.

2.2. Varrà rammentare che:

a) il potere di rappresentanza processuale, con la connessa facoltà di conferire la procura alle liti al difensore, non può mai essere attribuito disgiuntamente dal potere di rappresentanza sostanziale (tra le tante, Cass., sez. 1, 03/01/2017, n. 43; Cass., sez. 3, 26/06/2007, n. 14766; Cass., sez. L, 19/09/2001, n. 11828; Cass., sez. U, 08/05/1998, n. 4666; Cass., sez. U, 09/06/1998, n. 5653): in tema di rappresentanza processuale delle persone giuridiche, il dovere del giudice di accertare, anche d'ufficio, la legittimazione processuale delle parti comporta che egli deve verificare se il soggetto che ha dichiarato di agire o contraddire in nome e per conto dell'ente abbia anche dichiarato di far ciò in una veste astrattamente idonea, per legge o per espressa disposizione statutaria, ad abilitarlo alla rappresentanza sostanziale dell'ente stesso nel processo;

b) al fine di perseguire la conservazione degli atti processuali, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il difetto di legittimazione processuale della persona fisica, che agisca in giudizio in rappresentanza di un ente può essere sanato, in qualunque stato e grado del giudizio, anche in sede di legittimità, con efficacia retroattiva e con riferimento a tutti gli atti processuali compiuti, per effetto della costituzione in giudizio del soggetto dotato di effettiva rappresentanza dell'ente medesimo, il quale rappresenti la volontà, anche tacita, di ratificare l'operato del *falsus procurator* (Cass., sez. 1, 15/11/2016, n. 23274; Cass., sez. 6 -2, 18/03/2015, n. 5343; Cass., sez. 3, 15/09/2008, n. 23670; Cass., sez. 3, 02/02/2006, n. 2270);

c) ai sensi dell'art. 182 cod. proc. civ., nel testo riformulato dalla Legge n. 69/2009, applicabile ai giudizi iniziati successivamente alla data - 4 luglio 2009 - della sua entrata in vigore, «Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a comple-

tare o mettere in regola gli atti e documenti che riconosce difettosi»; al successivo secondo comma, è previsto che «Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione»;

d) il citato art. 182 cod. proc. civ. ha reso doverosa l'assegnazione del termine per regolarizzare il vizio, eliminando la preclusione derivante da maturata decadenza ed assicurando la salvezza dei diritti con effetto retroattivo sin dal momento della prima notificazione, ed ha esteso il rimedio anche alle ipotesi di vizio riguardante la procura alle liti (Cass., sez. U, 21/12/2022, n. 37434 del 2022 ha espresso il principio che Il vigente art. 182, secondo comma, cod. proc. civ. non consente di "sanare" l'inesistenza o la mancanza in atti della procura alle liti»);

e) l'art. 182 cod. proc. civ. è sicuramente applicabile anche al giudizio di appello, giusta il richiamo contenuto nell'art. 359 cod. proc. civ. (in tal senso, Cass., sez. 3, 19/05/2021, n. 13597); sul punto, Cass., sez. 6 -3, 27/01/2022, n. 2498, ha ribadito che «l'applicabilità del rimedio di cui all'art. 182, comma 2, c.p.c. nella fase dell'appello, in quanto contenente un principio non incompatibile con il giudizio di secondo grado, appare condivisibile per tre ordini di ragioni. In primo luogo, perché l'orientamento di legittimità sopra descritto è conforme al "più generale dovere di positiva collaborazione fra i soggetti del processo", in un'ottica di perseguimento del diritto di accesso al giudice, dell'articolo 6, § 1, CEDU e di limitazione delle interpretazioni formalistiche [principio affermato, da ultimo, da Cass. SU n. 26338 del 7 novembre 2019 e da Corte Edu, caso Succi c. Italia del 28/10/2021]; in secondo luogo, tale soluzione appare in linea con il principio di conservazione degli atti processuali ai sensi dell'articolo 159 cod. proc. civ.; infine, accedendo alla tesi opposta, si determinerebbe una sostanziale equipollenza tra il giudizio di appello e quello di legittimità, non giustificata da reali ragioni processuali, posto che il giudice d'appello rimane giudice del merito con piena cognizione della domanda, nei limiti dell'appello»;

d) anche Cass. n. 29244 del 2021 ha precisato che all'inevitabile rigore proprio della rilevanza officiosa, anche in sede di legittimità, del difetto di rappresentanza - sia sostanziale (cfr. Cass., sez. U, n. 24179 del 2009; Cass. n. 16274 del 2015; Cass. n. 4293 del 2013) che processuale, quest'ultima non potendo sussistere senza la prima (art. 77 cod. proc. civ.) - corrisponde, simmetricamente, l'ampia sanabilità del vizio della rappresentanza volontaria ai sensi dell'art. 182 cod. proc. civ., interpretato nei sensi di cui si è detto, atteso che è questa lettura a rendere tale disposizione compatibile con l'art. 6 CEDU che, nell'assicurare il diritto di accesso ad un tribunale, impone di evitare eccessivi formalismi nell'interpretazione della norma processuale, specie in tema di ammissibilità o ricevibilità dei ricorsi (cfr., ex plurimis, Corte EDU 19/12/1997, Brualla Gómez de la Torte c. Spagna; 29/07/1998, Guerin c. Francia; 28/10/1998, Perez de Rada Cavanilles c. Spagna; 28/06/2005, Zednik c. Repubblica Ceca); la ratifica e la conseguente sanatoria devono ritenersi ammissibili anche in relazione ad eventuali vizi inficianti la procura originariamente conferita al difensore da soggetto non abilitato a rappresentare la società in giudizio, trattandosi di atto soltanto inefficace e non anche invalido per vizi formali

o sostanziali, attinenti a violazioni degli artt. 83 e 125 cod. proc. civ. (in tal senso Cass., sez. U, 21/12/2022, n. 37434; Cass., sez. 3, 15/09/2008, n. 23670; Cass., 6-2, n. 5343 del 18/3/2015; Cass. sez. U, 04/03/2016, n. 4248; Cass., sez. 1, 16/11/2021, n. 34775); con la conseguenza che la concezione tradizionale dell'art. 1399 cod. civ., secondo cui detta disposizione non si applica ai vizi processuali, è stata superata anche con riferimento alla procura alle liti e la giurisprudenza si è consolidata nel senso della non operatività delle preclusioni processuali;

e) le Sezioni Unite, con la sentenza n. 4248 del 2016, hanno, tuttavia, precisato che, qualora il rilievo del vizio di rappresentanza non sia officioso, l'onere di sanatoria sorge immediatamente in capo al rappresentato - anche in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 372 cod. proc. civ. - senza necessità di assegnare un termine che non sia motivatamente richiesto, giacché sul rilievo di parte «l'avversario è chiamato a contraddire» tempestivamente, con la produzione della documentazione necessaria allo scopo, volendosi salvaguardare l'ordinamento dal disvalore «di sistema» costituito dall'emissione di sentenze inutiliter datae; e tale principio ha trovato conferma in numerose pronunce successive (Cass., sez. 2, 04/10/2018, n. 24212; Cass., sez. L, 24/12/2019, n. 34467; Cass., sez. 5, 04/07/2019, n. 17974; Cass., sez. 6 -5, 17/05/2019, n. 13312; Cass., sez. 2, 16/10/2020, n. 22564; Cass., sez. 1, 20/10/2021, n. 29244), cosicché, in assenza di una tempestiva reazione all'eccezione, la nullità della procura o il difetto di rappresentanza diviene insanabile (in tal senso, Cass., sez. 2, 16/10/2020, n. 22564; Cass., sez. 1, 03/11/2022, n. 32399).

3. Tanto premesso, va rilevato che, ai fini dell'esame della doglianza qui prospettata, è del tutto irrilevante il richiamo alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 4248 del 2016, di cui il ricorrente lamenta la mancata applicazione da parte del Giudice di appello, in quanto dalla stessa sentenza impugnata (pagg. 3 e 4) emerge che Banca Monte dei Paschi di Siena, al fine di dimostrare la sussistenza del potere di rappresentanza in capo a B.P., il quale aveva rilasciato la procura alle liti al difensore in primo grado, aveva prodotto, allegandolo all'atto di citazione (doc. 2), l'atto di nomina dei responsabili e sostituti degli Uffici periferici di MPS Gestione Crediti Banca s.p.a., rep. n. 185417, racc. n. 7998, del 27 maggio 2008 - dal quale risultava che B.P., quale responsabile dell'Ufficio Periferico di Pisa, ben poteva assumere la rappresentanza in giudizio di fronte a qualsiasi magistratura, con la facoltà di nomina di Avvocati e Procuratori, con mandato speciale a proporre ogni azione, domanda e gravame, compiere ogni atto processuale a tutela dei diritti della società, nominare arbitrio e precedere dalle azioni anzidette, accettare analoghi recessi dalle altre parti in causa e consentire le annotazioni di inefficacia delle trascrizioni di pignoramento immobiliare... - nonché la visura camerale, dalla quale risultava che l'Ufficio periferico di Massa di Banca MPS aveva cessato la propria attività ed era stato accorpato dall'Ufficio di Pisa. Tali documenti evidenziano chiaramente che il B., quale responsabile della filiale o succursale dell'istituto bancario, rivestisse la qualifica di istitutore, ai sensi dell'art. 2203 cod. civ. (Cass., sez. 3, 25/07/2008, n. 20425), e, quindi, avesse i poteri per conferire lo ius postulandi, con riferimento alle controversie concernenti gli atti compiuti nella filiale, questione questa logicamente preliminare a quella della ratifica del difetto di rappresentanza su cui poggia la sentenza qui impugnata.

Va, pure, osservato che, per la rappresentanza processuale della persona giuridica è sufficiente l'indicazione della fun-

zione e del potere del soggetto che ha rilasciato la procura, senza che, in assenza di una puntuale e tempestiva contestazione relativa all'effettiva esistenza del potere esercitato, si configuri l'onere di dimostrare il proprio potere rappresentativo (Cass., sez. U, 05/11/2021, n. 31963).

Tale specifica contestazione non è stata svolta dall'odierno ricorrente, sul quale incombeva il relativo onere, pur a fronte della tempestiva produzione in primo grado, da parte della controparte, del conferimento al B., con atto notarile, del potere di rappresentanza.

Quanto detto vale a ritenere insussistente l'eccepito difetto di rappresentanza.

4. Con il secondo motivo, deducendo la «violazione e falsa applicazione degli artt. 404, secondo comma, cod. proc. civ., in relazione all'art. 2909, nonché all'art. 2901, terzo comma, cod. civ., il ricorrente rimarca che il trasferimento della proprietà non scaturisce da un «verbale di separazione consensuale», ma da una pronuncia passata in giudicato, e precisamente dalla sentenza n. 734/07 emessa dal Tribunale di Massa, e costituisce l'adempimento di una statuizione in essa contenuta; con la conseguenza che l'atto dispositivo doveva essere inquadrato nella categoria dell'atto dovuto, come tale non revocabile ex art. 2901, terzo comma, cod. civ., ed avverso il quale era esperibile il solo rimedio dell'opposizione di terzo ex art. 404, secondo comma, cod. proc. civ..

4.1. Il motivo è infondato.

4.2. Questa Corte, con orientamento costante ed univoco, non ha mai dubitato della esperibilità dell'actio pauliana in relazione ad atti traslativi riversati negli accordi di separazione consensuale o di divorzio congiunto (cfr. Cass., sez. 1, 23/03/2004, n. 5741; Cass., sez. 3, 26/07/2005, n. 15603; Cass., sez. 3, 14/03/2006, n. 5473; Cass., sez. 1, 12/04/2006, n. 8516; Cass., sez. 1, 20/03/2008, n. 7450; con riferimento alla revocatoria fallimentare, Cass., sez. 3, 13/05/2008, n. 11914; Cass., sez. 1, 10/04/2013, n. 8678; Cass., sez. 3, 05/07/2018, n. 17612).

In particolare, Cass. n. 8516/2006 ha evidenziato come, in accordo con i postulati della concezione c.d. «privatistica» della separazione consensuale - a cui favore militano tanto il tenore letterale dell'art. 158, primo comma, cod. civ., e l'art. 711, quarto comma, cod. proc. civ., quanto i limiti ai poteri di controllo del Giudice prefigurati dall'art. 158, secondo comma, cod. civ. - questa Corte (abbia)... ripetutamente affermato che l'accordo di separazione costituisce un atto di natura essenzialmente negoziale - più precisamente, un negozio giuridico bilaterale a carattere non contrattuale (in quanto privo, almeno nel suo nucleo centrale e salvo quanto appresso si dirà, del connotato della «patrimonialità») - rispetto al quale il provvedimento di omologazione si atteggia a mera condizione sospensiva (legale) di efficacia: avendo detto provvedimento la circoscritta funzione di verificare che la convenzione sia compatibile con le norme cogenti ed i principi di ordine pubblico, nonché di controllare, in termini più pregnanti, che l'accordo relativo all'affidamento e al mantenimento dei figli non contrasti con l'interesse di questi ultimi». Con la conseguenza, tra l'altro, che l'avvenuta omologazione lascia affatto impregiudicata la facoltà delle parti di esperire nei confronti della convenzione l'azione di annullamento per vizi della volontà, in base alle regole generali (Cass., sez. 1, 29/03/2005, n. 6625; Cass., sez. 1, 04/09/2004, n. 17902; Cass., sez. 1, 20/11/2003, n. 17607; Cass., sez. 1, 05/03/2001, n. 3149).

Al tempo stesso, questa Corte ha costantemente riconosciuto la validità delle clausole dell'accordo di separazione che, nel



quadro della complessiva regolamentazione dei rapporti fra i coniugi, prevedano il trasferimento di beni immobili (Cass., sez. 1, 15/05/1997, n. 4306; Cass., sez. 1, 11/11/1992, n. 12110) ovvero la costituzione di diritti reali minori, tra cui, in primis, il diritto di abitazione (cfr., in tal senso, già la remota Cass., sez. 1, 12/06/1963, n. 1594), clausole che presentano, peraltro, una loro propria "individualità", quali espressioni di libera autonomia contrattuale delle parti interessate (cfr. Cass., sez. 1, 02/12/1991, n. 12897), dando vita, nella sostanza, a veri e propri contratti atipici, con particolari presupposti e finalità, non riconducibili né al paradigma delle convenzioni matrimoniali né a quello della donazione, ma diretti comunque a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. (Cass., sez. 2, 17/06/2004, n. 11342; Cass., sez. 1, 11/11/1992, n. 12110; Cass., sez. 2, 21/12/1987, n. 9500; Cass., sez. 1, 27/10/1972, n. 3299; con riguardo altresì a clausola inserita in un accordo per la separazione di fatto, Cass., sez. 1, 17/06/1992, n. 7470).

Considerato, tuttavia, che pattuizioni del genere ben possono rivelarsi lesive, in concreto, dell'interesse dei creditori all'integrità della garanzia patrimoniale del coniuge disponente, si è pure affermato che nessun ostacolo testuale o logico - giuridico si frappone alla loro impugnazione - ove ricorrano i relativi presupposti - tramite azione revocatoria, tanto ordinaria (cfr., al riguardo, Cass., sez. 1, 23/03/2004, n. 5741) che fallimentare; spiegando che tali azioni non possono ritenersi precluse né dall'avvenuta omologazione dell'accordo di separazione, cui resta affatto estranea la funzione di tutela dei terzi creditori, e che lascia comunque inalterata la natura negoziale della pattuizione), né dalla pretesa "inscindibilità" della pattuizione stessa dal complesso delle altre condizioni della separazione. (Cass., n. 8516/2006, cit.), discutendosi, nell'ipotesi considerata, non già di una revocatoria "della" separazione, quanto piuttosto di una (peraltro difficilmente concepibile) revocatoria "nella" separazione: l'impugnativa mira a colpire, cioè, non la separazione in sé, ma il segmento della fattispecie complessa in cui si annida il vulnus alle aspettative di soddisfacimento dal ceto creditorio» (Cass., n. 8516/2006, cit.).

4.3. Le conclusioni cui giungono i precedenti sopra richiamati valgono anche nel caso qui in esame, con la sola differenza che, mentre in quelli gli accordi patrimoniali erano posti ad oggetto di separazione consensuale omologata dal Tribunale, nel caso in esame essi sono invece posti ad oggetto di ricorso di separazione giudiziale necessariamente concluso con sentenza che ne ha recepito il contenuto. Si tratta però di differenza che, ai fini in esame, rimane priva di rilievo.

In tal senso soccorrono le considerazioni svolte dalle Sezioni Unite con la sentenza del 29 luglio 2021, n. 21761, che, rispondendo a quesito riguardante la validità e trascrivibilità di accordi patrimoniali conclusi in sede (e ai fini del giudizio) di separazione o divorzio, ha affermato il principio di diritto, secondo cui: «Le clausole dell'accordo di separazione consensuale o di divorzio a domanda congiunta, che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni - mobili o immobili - o la titolarità di altri diritti reali, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi o dei figli al fine di assicurarne il mantenimento, sono valide in quanto il predetto accordo, inserito nel verbale di udienza redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è stato attestato, assume forma di atto pubblico ex art. 2699 c.c. e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo il decreto di omologazione della separazione o la sentenza di divorzio, valido titolo per la

trascrizione ex art. 2657 c.c., purché risulti l'attestazione del cancelliere che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui all'art. 29, comma 1-bis, della L. n. 52 del 1985, come introdotto dall'art. 19, comma 14, del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. dalla L. n. 122 del 2010, restando invece irrilevante l'ulteriore verifica circa gli intestatari catastali dei beni e la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari».

In sostanza, le Sezioni Unite hanno affermato il valore meramente dichiarativo della pronuncia (sentenza di separazione o di divorzio) in relazione alle pattuizioni sui rapporti economici, rilevando che «i due istituti» (ossia, da un lato, la separazione consensuale tra i coniugi e, dall'altro, il divorzio congiuntamente richiesto dai medesimi, ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 4, comma 16) - pur presentando innegabili diversità sul piano della disciplina (le quali essenzialmente si compendiano nel fatto che, nel secondo caso, il procedimento non termina con l'omologazione da parte del tribunale, bensì con una sentenza emessa all'esito dell'audizione dei coniugi) - «si presentano strettamente connessi l'uno all'altro sul piano dogmatico. Ed invero, ad accomunare le due fattispecie è certamente la connotazione, presente in entrambe, dell'essere finalizzate ad ottenere mediante il consenso dei coniugi, piuttosto che con la pronuncia costitutiva del giudice, le divise modificazioni dello status coniugale, con le conseguenti ricadute sull'affidamento ed il mantenimento della prole, ove esistente, e sui profili economici concernenti i rapporti tra i coniugi stessi».

Hanno, quindi, evidenziato che «la pacifica... natura negoziale degli accordi dei coniugi, equiparabili a pattuizioni atipiche ex art. 1322 c.c., comma 2, comporta... che - al di fuori delle specifiche ipotesi succitate - nessun sindacato può esercitare il giudice del divorzio sulle pattuizioni stipulate dalle parti.... Come del resto - sul piano generale - il giudice non può sindacare qualsiasi accordo di natura contrattuale privato, che corrisponda ad una fattispecie tipica, libere essendo le parti di determinarne liberamente il contenuto (art. 1322 c.c., comma 1), fermo esclusivamente il rispetto dei limiti imposti dalla legge a presidio della liceità delle contrattazioni private e, se si tratta di pattuizioni atipiche, sempre che l'accordo sia anche meritevole di tutela secondo l'ordinamento (art. 1322 c.c., comma 2)».

4.4. Alla stregua dei principi sopra esposti (in senso conforme si sono espresse Cass., sez. 3, 12/05/2022, n. 15169; Cass., sez. 1, 11/08/2022, n. 24687), appare evidente che il giudice a quo ben ha fatto ad affermare (si veda pag. 8 della motivazione della sentenza impugnata) che la sentenza in questione [ossia la sentenza n. 734/2007 del Tribunale di Massa] recepisce l'accordo in ordine alle questioni economiche raggiunto tra i coniugi, i quali hanno rassegnato conclusioni conformi», accordo che prevedeva, tra l'altro, l'assegnazione della casa coniugale alla signora G. e l'impiego del signor P. a trasferire alla medesima la quota di proprietà di cui era titolare», a nulla rilevando che tale accordo sia poi confluito, all'esito di un procedimento di separazione giudiziale, nella sentenza che ha definito quel giudizio, e ciò, come rilevato dalla Corte d'appello, in ragione dell'autonomia degli accordi patrimoniali tra coniugi a margine dei giudizi di separazione e divorzio rispetto al provvedimento giudiziale che li recepisce».

Deve, quindi, ritenersi che l'accordo tra coniugi avente ad oggetto un trasferimento immobiliare, anche nell'ambito di un procedimento di separazione giudiziale, è soggetto alle ordinarie impugnative negoziali a tutela delle parti e dei terzi, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza che lo ha

recepito, spiegando quest'ultima efficacia meramente dichiarativa, come tale non incidente sulla natura di atto contrattuale privato del suddetto accordo.

5. Con il terzo motivo, censurando la sentenza impugnata per violazione degli artt. 115, 116, 132 cod. proc. civ., anche in relazione all'art. 2727 cod. civ. per nullità della sentenza - error in procedendo - il ricorrente sostiene che l'operazione di cessione, lungi dal costituire un atto di mera liberalità, rappresenta l'adempimento dell'obbligo giuridico di mantenimento nei confronti dell'ex coniuge derivante prima dall'ordinanza con cui il Presidente del Tribunale aveva assegnato la casa coniugale alla G. e poi dalla sentenza n. 734/07, con cui il Tribunale aveva statuito l'obbligazione di trasferimento del diritto di proprietà in favore della stessa G.. Censura, inoltre, la decisione gravata per avere ritenuto che ricorresse il requisito soggettivo della consapevolezza del pregiudizio in capo alla G., senza considerare che i coniugi, al momento della formalizzazione degli atti oggetto di revocatoria, da tempo erano separati di fatto, ed appalesandosi del tutto irrilevante il fatto che, in sede di provvedimenti provvisori afferenti il procedimento di separazione giudiziale, il Presidente del Tribunale avesse contenuto nella misura di Euro 50,00 il contributo a carico del P. in favore di ciascuno dei tre figli.

5.1. Anche il terzo motivo è infondato sotto entrambi i profili di doglianza denunciati.

5.2. Quanto al primo, deve ribadirsi l'ammissibilità dell'azione revocatoria ordinaria del trasferimento di immobile, effettuato da un coniuge in favore dell'altro in ottemperanza ai patti assunti in sede di separazione giudiziale, poiché esso trae origine dalla libera determinazione del coniuge, sicché l'accordo costituisce esso stesso parte dell'operazione revocabile e non fonte di obbligo idoneo a giustificare l'applicazione dell'art. 2901, terzo comma, cod. civ. (Cass., sez. 3, 22/01/2015, n. 1144; Cass., sez. 6 - 3, 06/10/2020, n. 21358).

Invero, la volontà, espressa nell'accordo di separazione di trasferire un bene al coniuge, ai fini della revocatoria, va visto come l'atto stesso di disposizione del patrimonio e, dunque, l'atto di trasferimento non è adempimento dell'obbligo assunto con l'accordo di separazione.

5.3. In relazione, poi, al secondo profilo di doglianza, che attiene al requisito della consapevolezza del pregiudizio arrecato o arrecabile dall'atto di trasferimento immobiliare, occorre rammentare, in linea generale, che la giurisprudenza di legittimità, da tempo, riconosce che le attribuzioni patrimoniali dall'uno all'altro coniuge concernenti beni mobili o immobili, in quanto attuate nello spirito degli accordi di sistemazione dei rapporti fra i coniugi in occasione dell'evento di separazione consensuale, sfuggono sia alle connotazioni classiche dell'atto di donazione vero e proprio e, dall'altro, a quello di un atto di vendita (attesa oltretutto l'assenza di un prezzo corrisposto); tali attribuzioni, sempre secondo il consolidato indirizzo di legittimità, svelano una loro tipicità, la quale, di volta in volta, può colorarsi dei tratti della obiettiva onerosità oppure di quelli della gratuità, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 cod. civ., in funzione della eventuale ricorrenza, nel concreto, dei connotati di una sistemazione solutorio - compensativa più ampia e complessiva, di tutta quella serie di possibili rapporti aventi significati solo riflessi, patrimoniali, maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale (così già Cass., sez. 1, 23/03/2004 n. 5741; e, in senso conforme, Cass., sez. 2, 25/10/2019, n. 27409; Cass., sez. 3, 30/12/2023, n. 36562). L'onerosità dell'attribuzione patrimoniale non può, dunque,

farsi discendere tout court dall'astratta sussistenza di un obbligo legale di mantenimento, ma può emergere dall'esigenza di riequilibrare o ristorare il contributo apportato da un coniuge al ménage familiare e non adeguatamente rappresentato dalla situazione patrimoniale formalmente in essere fino al momento della separazione. E tale accertamento, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici, sfugge al sindacato di legittimità (Cass., sez. 1, 10/04/2013, n. 8678).

Se ne trae la conseguenza che la qualificazione dell'atto dispositivo per cui è causa come atto a titolo oneroso o come atto a titolo gratuito dipendeva dalla possibilità di ricondurlo, in concreto, ad una causa che, trovando titolo nei pregressi rapporti anche di natura economica delle parti e nella necessità di darvi sistemazione nel momento della dissoluzione del vincolo, giustificasse lo spostamento patrimoniale fra i coniugi.

Ebbene, la Corte d'appello ha puntualmente spiegato, in esito all'esame delle risultanze istruttorie, che non risultava in alcun modo che il trasferimento fosse stato effettuato in adempimento dell'obbligo di mantenimento gravante sul P. nei confronti della moglie, tanto più che in sede di provvedimenti presidenziali non era stato posto a carico del medesimo alcun assegno a favore della moglie.

E, in difetto di altri elementi che lasciassero trasparire che la cessione dell'immobile avesse funzione solutoria, ha, correttamente, escluso la natura onerosa dell'atto dispositivo prospettata dall'odierno ricorrente, considerando di conseguenza irrilevante la consapevolezza, in capo alla G., del pregiudizio arrecato alle ragioni creditorie, trattandosi di atto successivo al sorgere del credito.

Tale accertamento, che illustra in modo esaustivo il percorso argomentativo che ha condotto alla decisione, così sottraendosi alla censura di difetto o di carenza di motivazione, non è stato idoneamente censurato dal P. che, anche in questa sede, si limita a reiterare deduzioni difensive esposte nel giudizio di merito e già sottoposte al giudice d'appello - il quale non si è discostato dalla giurisprudenza di questa Corte (Cass., sez. 3, 04/07/2019, n. 17908; Cass., sez. 3, 15/04/2019, n. 10443; Cass., sez. 3, 12/07/2023, n. 19899) - al solo fine di sollecitare un riesame delle questioni di fatto, precluso in sede di legittimità.

6. Con il quarto motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 91 e 92 cod. proc. civ. e censura la sentenza nella parte in cui non ha disposto la compensazione delle spese di lite, in tutto o in parte, pur sussistendo una soccombenza reciproca o comunque il concorso di ...altre gravi ed eccezionali ragioni.

Il motivo è infondato.

Deve darsi continuità all'orientamento di questa Corte secondo cui il giudice di appello, allorché riformi in tutto o in parte la sentenza impugnata, deve procedere d'ufficio, quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, ad un nuovo regolamento delle spese processuali, il cui onere va attribuito e ripartito tenendo presente l'esito complessivo della lite, poiché la valutazione della soccombenza opera, ai fini della liquidazione delle spese, in base ad un criterio unitario e globale, mentre, in caso di conferma della sentenza impugnata, la decisione sulle spese può essere modificata soltanto se il relativo capo della sentenza abbia costituito oggetto di specifico motivo d'impugnazione (Cass., sez. U, 08/11/2022, n. 32906; Cass., sez. 6 - 3, 06/10/2021, n. 27056; Cass., sez. 3, 12/04/2018, n. 9064; Cass., sez. L, 01/06/2016, n. 11423). Ciò è quanto ha fatto la Corte d'appello che ha ritenuto soccom-

bente l'odierno ricorrente in relazione all'esito complessivo della lite ed ha provveduto alla determinazione delle spese di lite, facendo applicazione del principio della soccombenza, secondo cui la parte integralmente vittoriosa non deve sopportare nemmeno parzialmente tali spese (Cass., sez. 2, 09/06/2023, n. 16404).

7. L'infondatezza dei motivi impone il rigetto del ricorso.

Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

#### P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso (...*omissis*...).

L'accordo sul trasferimento della casa preso in sede di separazione può sempre essere impugnato se lede i diritti dei terzi, anche se recepito in una pronuncia passata in giudicato.

Senato di Genova, 15 marzo 1836 - Pres. Borelli - Rel. Demaurizj - Padre e figlio Zattara (Procuratore Paganini) c. Luigi De Franchi e Sorelle Zattara (Procuratore de' Poveri).

#### **USUFRUTTO - usufruttuario - eredi - inventario - beni - prova.**

*Se l'usufruttuario non abbia fatto alcun inventario dei beni usufruiti, e consti d'altra parte aver egli goduto dell'usufrutto, si presume avere occupati i beni tutti della successione soggetti all'usufrutto, e deve tanto egli che i suoi eredi renderne conto al proprietario, o suoi aventi causa. Costoro non sono tenuti a provare, che i beni di cui domandano restituzione siano passati nell'usufruttuario. Debbono soltanto somministrare la prova dei beni posseduti al tempo della morte da chi lasciava l'usufrutto; e questa prova può farsi per mezzo di testimoni. (1)*

*La nullità d'un atto procedente da che altro tra i testimoni in esso adoperati fosse minore d'età, essendo di pura forma, essa non può sempre invocarsi utilmente all'oggetto di contrastare ad un fatto in esso atto confessato - specialmente se il confidente avesse munito la sua dichiarazione del suo giuramento - e se mentre egli rispettava sempre quell'atto, solo il di lui erede lo impugni. (2)*

F.P.

(...*Omissis*...)

Atteso che tre domande avrebbero proposto gli attori Luigi Defranchi e consorti col libello per essi dato il 30 marzo 1823, l'una cioè diretta a recuperare i beni mobili ed immobili pertinenti alla successione di Giulio Zattara loro rispettivo padre ed avo defunto il 18 marzo 1815 — la seconda diretta a recuperare i beni, che il sacerdote Giulio Zattara, passato di vita nel 1735, aveva lasciato a titolo di legato al suddetto Giulio loro padre ed avo nel finale di lui testamento del 1782, nel quale il convenuto Giacomo Zattara vi era chiamato nella qualità di erede universale = la terza finalmente diretta a recuperare la metà dei beni che il suddetto sacerdote Giulio aveva dichiarato coll'atto del 30 marzo 1784 in favore dei due suoi nipoti, il Giulio padre ed avo degli attori, ed il Giacomo Zattara convenuto. Atteso in ordine alla prima di queste domande, che col testamento del 2 febbraio 1805 Giulio Zattara lasciò il generale usufrutto dei suoi beni alla seconda sua moglie Camilla Desimoni colla facoltà di potere, in caso di deficienza, alienare onde provvedere al suo bisogno, ed istituiti eredi universali le quattro sue figlie. Che quantunque appaia avere la detta Camilla Desimoni fatto degli atti nella qualità sua di usufruttuaria, e goduto i beni dell'usufrutto,

non consterebbe però che fosse stato fatto inventario alcuno dei beni a detto usufrutto sottoposti. Che l'usufruttuaria Camilla Desimoni cessò di vivere nell'anno 1819, avendo istituito erede il convenuto Vincenzo Zattara figlio del Giacomo, col quale essa aveva coabitato. Atteso che con questa qualità di erede della Camilla usufruttuaria dei beni del marito, non potrebbero il Vincenzo Zattara, né il Giacomo suo padre pretendere, che il Luigi Defranchi, e gli altri suoi consorti di lite, dovessero giustificare, che i beni del Giulio da essi domandati, fossero passati nella usufruttuaria; che tali beni non fossero per bisogno da essa alienati; che si trovassero presso di essa al tempo di sua morte, e che dopo di questa siano in loro identicamente pervenuti; conciossiachè queste eccezioni, le quali potrebbero essere valutate nel caso in cui la Camilla avesse compilato l'inventario de' beni avuti in usufrutto dopo la morte del marito, e che di cotali beni si fosse renduta ragione, non potrebbero essere attese, dacchè avendo essa Camilla occupati i beni dell'usufrutto senza inventario, o altro atto equipollente, si presumerebbe aver essa occupato tutti i beni della successione, che erano a quell'usufrutto sottoposti, e con ciò essa avrebbe contratto l'obbligo di renderne conto. E qualora Vincenzo Zattara suo erede potesse da quest'obbligo ancora liberarsi per mezzo di una chiara e legale prova, la quale tenesse luogo dell'inventario intralasciato dalla Camilla, certamente egli non potrebbe liberarsene caricandolo della prova contraria quelli che rappresentano la successione verso la quale esso ha contratto l'obbligo della restituzione. Che in questo stato di cose altro dovere non potrebbe incombere agli autori tranne quello di somministrare, come meglio si potesse, una sufficiente prova dei mobili ed immobili, che il Giulio aveva posseduto fino al tempo della sua morte. Che non potrebbe negarsi, come a fornire questa prova siano sufficienti i capitoli per essi dedotti — ed invero se questi capitoli si supponessero dalle deposizioni dei testimoni debitamente avverati, il loro risultamento sarebbe: 1° che Giulio Zattara lasciava alla sua morte i mobili specificati nel capitolo primo, e quegli altri confacenti alla sua condizione, che fossero stati, siccome comporta lo stesso capitolo dai testimoni indicati; 2° che esso Giulio possedeva il fondo nominato nel secondo capitolo, e l'altro detto “*cima*” nominato nel quarto, sotto le coerenze riferite nella colonna del catasto inscritta in capo di esso Giulio, e che di questi fondi sono i convenuti presentemente al possesso. Che siccome questa prova giustificerebbe l'esistenza dei mobili al tempo dell'aperta successione del Giulio, e l'esistenza presso de' convenuti degli stabili che da esso Giulio sempre furono posseduti; così essa giustificerebbe pur anche la presunzione, che questi beni posseduti da prima a causa dell'usufrutto dalla Camilla moglie del Giulio, siano quindi a causa dell'eredità di essa Camilla trapassati nel convenuto Vincenzo di lei erede, e che perciò ei debba in difetto di prova contraria renderne conto agli attori, e loro farne la restituzione, siccome avrebbe dovuto farlo la stessa Camilla da lui rappresentata ». Che però questa conseguenza non potrebbe applicarsi all'altra terra *la venuta*; posciachè constando essere stata acquistata questa terra dal convenuto Giacomo Zattara, padre del Vincenzo, a titolo di compra e vendita fattane per instrumento del 29 di aprile 1818 da Antonio Tiscornia, il quale allo stesso titolo la aveva ricevuta dalla Camilla Desimoni per instrumento del 2 luglio 1815, consterebbe con ciò della prescrizione decennale in favore dell'uno e dell'altro compratore indotta per le disposizioni degli articoli 2235 e 2265 del Codice civile, la quale essendosi compita prima del 30 marzo 1828, in cui gli attori intavolarono il loro giudizio, avrebbe



perento contro detta terra ogni loro azione. Che per questi motivi ammissibili appariscono i tre capitoli dedotti dagli autori in prima istanza, e gli altri per essi aggiunti in questo giudizio di appello, se si esclude dagli stessi, ciò che relativamente alla terra venuta contengono.

Atteso che contro alla seconda domanda degli attori, diretta ad ottenere i beni lasciati al Giulio rispettivo loro padre ed avo dal sacerdote Giulio Zattara zio del medesimo, non potrebbe essere utilmente opposta la prescrizione pel tempo trascorso dal 1785, in cui il testatore si rese defunto; mercecché l'azione che gli attori fanno valere non sarebbe quella della *petizione del legato*, la quale non avrebbe avuto luogo nella suddetta disposizione, in cui il testatore aveva lasciato al nipote Giulio i beni, che già aveva a lui consegnati, e dei quali per ciò il legatario si trovava al possesso, e avevano il godimento. La domanda che gli attori ne fanno nel presente giudizio ella è come la precedente in rivendicazione, ed è anch'essa fondata sul diritto, che la qualità ereditaria del Giulio loro padre ed avo ad essi attribuisce di conseguire, cessato l'usufrutto della moglie, questi e gli altri beni pertinenti alla sua eredità, ed il legato del sacerdote Giulio Zattara è solamente indicato per la procedenza, e la dimostrazione dei beni rivendicati. In questo caso niuna prescrizione sarebbe verificata, e nulla impedirebbe la prova testimoniale, colla quale gli attori intendono mostrare, che anche questi beni si trovano presso i convenuti. Gli è vero, che i termini generali, co' quali essi hanno concepito il loro capitolo, non si troverebbero ancora sufficienti al loro fine; conciossiachè quando risultasse per l'esame dei testimoni vero ciò che in esso capitolo si contiene, che *i convenuti posseggono tutte le terre descritte in capo del sacerdote Luigi Zattara nell'antico catasto*, resterebbero tuttavia ignoti, i beni del legato, i beni che gli attori domandano, e per tal modo non resterebbe la loro azione ancora giustificata. Egli è perciò necessario che il capitolo sia per essi meglio rettificato precisando i beni contro i quali intendono dirigere l'azione.

Atteso che l'atto in abbreviatura ne' protocolli del defunto notaio Salvatore Montale alla data del 30 marzo 1787, col quale il sacerdote Giulio Zattara manifestò aver fatto per conto dei suoi nipoti Giacomo e Giulio *molti instrumenti di mutuo, cessione ed altro in varie persone*, non potrebbe prestare sufficiente fondamento alla terza domanda degli attori diretta a rivendicare la metà dei beni stabili, che con precedente atto del 18 ottobre 1779 nel notaio Serra il medesimo sacerdote Giulio aveva dichiarato in favore del Giovanni Andrea Erminio.

Infatti tosto che la seconda dichiarazione a cui ricorrono gli attori è concepita in termini generali di *mutui cessioni ed altro* e non contiene relazione veruna né alla prima dichiarazione fatta all'Erminio, né agli atti in quella specificati, non può essere permesso d'includere nella generalità della seconda i beni specificati nella prima; sì perché osterebbe la regola d'interpretazione desunta dal principio, che la specie deroga al genere e non il genere alla specie; sì perché non potrebbe né anche presumersi, che il sacerdote Giulio dichiarasse gli stessi beni prima come proprietà dell'Erminio, e poi come proprietà dei nipoti Zattara.

Né monta, che quel primo atto di dichiarazione fosse considerato come nullo in una sentenza proferita nell'anno 1802 in un giudizio di elevazione di *canella*, in cui la stessa dichiarazione si fece valere dalla Francesca Erminio come figlia ed erede di Andrea Erminio, a cui favore era stata emessa. In primo luogo, la nullità desunta dacché in quell'atto di dichiarazione fosse intervenuto un testimonio in età ancora minore, sarebbe stata di *pura forma*, avrebbe colpito l'atto e la prova che esso faceva

ma non ne avrebbe colpito la sostanza, né la verità. Quindi non avrebbe potuto quella nullità cambiare l'essenza dell'atto al punto, che i beni in esso dichiarati come comprati d'ordine, per conto e de' denari dell'Erminio, fossero quegli stessi che nell'atto posteriore erano dichiarati come comprati d'ordine, per conto e de' denari dei nipoti del dichiarante. In secondo luogo, trattandosi di nullità puramente di forma, alla quale il sacerdote Giulio poteva rinunciare, sarebbe da credere che lo avesse fatto in ragione del giuramento, di cui l'atto era stato per parte sua munito, ed in vista del silenzio da lui usato negli atti posteriori. Finalmente tostoché non apparisce che il sacerdote Giulio nella detta dichiarazione disponesse a pro dei nipoti dei beni stessi, dei quali nella precedente dichiarazione esso aveva disposto a pro dell'Erminio, non potrebbero gli attori prevalersi della nullità, di cui la prima dichiarazione fosse infetta; giacché questo diritto competendo all'erede dello stesso sacerdote Giulio, sarebbe agli attori estraneo, il di cui autore non era di tale qualità rivestito.

Non constando dunque allo stato degli atti a quali beni la suddetta dichiarazione dovesse essere riferita, non potrebbe essa dar luogo alla rivendicazione che gli attori hanno intentato, perché ne mancherebbe il soggetto e non potrebbe dar luogo al quinto capitolo, che essi hanno anche a questa domanda esteso, perché esso riuscirebbe irrilevante, abbenché esso fosse pienamente provato.

### Il Senato

Ha dichiarato e dichiara essersi in parte bene ed in parte male appellato per Giacomo e Vincenzo padre e figlio Zattara contro la sentenza proferita dal Tribunale di Prefettura di Sarzana il 26 aprile 1834.

Quindi, facendo quello che farsi dovea, ha assoluto (assolto) e assolve i convenuti dalla prima domanda degli attori in quanto essa concerne alla terra denominata *la venuta*. Gli assolti e gli assolve allo stato degli atti dalla terza domanda degli attori concernente all'atto sopra riferito del 30 marzo 1781. Ha ammesso, siccome ammette gli attori a provare anche per testimoni alla forma del Regio regolamento i tre capitoli ammessi dall'appellata sentenza, e gli altri dedotti in appello per ciò che essi concernono ai beni mobili ed immobili, che sono il soggetto della prima domanda, nonché ne sia cancellato il nome della detta terra *venuta*. Ha pure ammesso, siccome ammette anche l'ultimo capitolo ammesso dall'appellata sentenza relativo alla seconda domanda, con che esso sia dagli attori ridotto ai soli beni del legato fatto dal sacerdote Giulio al loro autore, e che siano tali beni nominativamente espressi e debitamente coerenziali, dopo di che comincerà il termine per l'esame de' testimoni.

(... *Omissis*...)

**(1-2) Una questione in materia successoria decisa dal Senato di Genova letta alla luce dei principi di diritto civile attualmente vigenti.**

**Sommario:** 1. *Il caso.* - 2. *Azione di rivendicazione o azione di petizione di eredità?* - 3. *Sulla legittimazione passiva nelle due azioni e sul possesso conseguito dai convenuti* - 4. *Conclusioni.*

### 1. Il caso.

La sentenza sopra riportata è stata pronunciata dal Senato di Genova il 15 marzo 1836.

Il giudizio verteva sull'impugnazione di una sentenza del 1834, emessa dal Tribunale di Sarzana in una causa in materia successoria.

Gli appellanti agivano per ottenere la restituzione dei beni appartenuti al loro padre e da quest'ultimo lasciati in usufrutto alla di lui seconda moglie. Quest'ultima, a sua volta, aveva nominato eredi soggetti terzi.

Gli attori hanno intentato domanda di rivendicazione nei confronti di detti soggetti terzi in quanto possessori dei beni. Inoltre, siccome la seconda moglie del *de cuius* non aveva provveduto alla stesura dell'inventario dei beni oggetto di usufrutto, non era stato possibile agli attori individuare precisamente i beni da rivendicare e appartenuti al loro defunto padre. Infatti, una delle questioni sottese alla pronuncia riguardava proprio la prova della consistenza di tali beni. La decisione del Senato è stata nel senso di ritenere presuntivamente oggetto di usufrutto tutti i beni caduti nella successione.

## 2. Azione di rivendicazione o azione di petizione di eredità?

Dal tenore della sentenza emerge gli attori avevano agito in rivendicazione per ottenere i beni caduti nella successione paterna.

Tuttavia, è possibile ritenere che secondo le logiche attuali sarebbe stata esperibile l'azione di petizione ereditaria di cui all'art. 533 c.c.

Quest'ultima è sicuramente assimilabile, sotto più di un profilo, all'azione di rivendicazione ex art. 948 c.c. In giurisprudenza (2) è stato chiarito che le due azioni, pure aventi analoghi *petita*, hanno differenti presupposti. Infatti, l'attore nella petizione ereditaria è onerato soltanto della prova del proprio *status* di erede.

Viceversa, nella rivendicazione, chi agisce ha l'onere di provare il proprio diritto di proprietà.

Sulla differenza di presupposti delle due azioni è possibile rinvenire un precedente in Cass., 20 ottobre 1984, n. 5304 (3), secondo cui l'azione di petizione ereditaria ha natura prevalentemente recuperatoria, essendo il riconoscimento della qualità di erede, cui essa tende, strumentalmente diretto all'ottenimento dei beni ereditari. Di conseguenza, laddove il convenuto non contesti la qualità di erede dell'attore, ma si limiti a negare l'appartenenza del bene all'asse ereditario, l'azione di petizione ereditaria non si trasforma in azione di rivendicazione, in quanto la mancata contestazione della detta qualità di erede non fa venire meno le finalità recuperatorie della petizione ereditaria, ma produce effetti solo sul piano probatorio, esonerando l'attore dalla prova della sua qualità fermo restando l'onere della dimostrazione, nei limiti relativi alla difesa della controparte, dell'appartenenza del bene all'asse ereditario al momento dell'apertura della successione. Nella giurisprudenza di merito è rinvenibile un precedente di senso contrario (C. d'App. di Genova, 22 gennaio 2021, n. 76 (4)), secondo cui la mancata contestazione dello status di erede in capo all'attore fa sì che l'azione perda ogni specificità rispetto all'azione di rivendicazione.

## 3. Sulla legittimazione passiva nelle due azioni e sul possesso conseguito dai convenuti.

L'articolo 533 c.c. stabilisce che l'erede può agire "contro

*chiunque possiede tutti o parte dei beni ereditari a titolo di erede o senza titolo alcuno*". Su tale punto è stato chiarito che il possesso deve essere a titolo di erede oppure senza titolo alcuno (*possideo quia possideo*). In questo senso, l'affermazione, da parte del possessore, di un diverso titolo giustificativo del proprio potere sulla cosa escluderebbe l'esperibilità della petizione, imponendo di agire in rivendica o con altra azione restitutoria (Cass., 30 luglio 1973, n. 2220 (5)).

L'art. 948 c.c., invece, dispone che il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque la possiede o detiene. Pertanto, la legittimazione passiva ricade su chiunque di fatto possieda o detenga i beni rivendicati e sia in grado quindi di restituirli.

## 4. Conclusioni.

Volendo trasporre la situazione alla base della pronuncia a quelli che sono i principi attuali, è possibile ritenere che l'azione volta recuperare i beni -sia la rivendicazione, sia quella di petizione ereditaria- sarebbe stata utilmente esperita in ogni caso nei confronti dei convenuti.

Infatti, entrambe le azioni postulano la legittimazione passiva del possessore - a qualunque titolo - del bene.

Tuttavia, è da segnalare una particolarità che parrebbe non essere stata presa in considerazione dal Senato. Dalla ricostruzione contenuta nella pronuncia, emerge che i convenuti erano gli eredi (dal tenore della sentenza sembrerebbe a titolo universale) dell'usufruttuaria dei beni appartenuti al *de cuius* (padre degli attori) e sua seconda moglie. Essi erano quindi entrati nel possesso dei beni poiché la stessa aveva lasciato loro i beni (per testamento). Orbene, il titolo in base al quale il loro possesso era esercitato era da ritenersi viziato, in quanto la usufruttuaria aveva disposto per testamento dei beni non suoi. Tale clausola del testamento si potrebbe quindi ritenere nulla, con la conseguenza che il possesso conseguito dagli allora convenuti sarebbe da ritenersi viziato.

Non solo; già il possesso conseguito dall'usufruttuaria sarebbe stato da ritenersi ugualmente viziato *ab origine*, in quanto la stessa non aveva proceduto a effettuare l'inventario dei beni a lei lasciati in usufrutto e prescritto dall'art. 1002 c.c., salvo dispensa del nudo proprietario.

Francesco Peloso

### Note.

(1) Sentenza tratta da: *Giurisprudenza dell'Ecc.mo R. Senato di Genova ossia Collezione delle sentenze pronunciate dal R. Senato di Genova sovra i punti più importanti di diritto civile, commerciale, di procedura e criminale*, Compilata dall'Avv. Niccolò Gervasoni, Genova, Tipografia di Giuseppe Frugoni sotto il Palazzo Arcivescovile, 1840.

(2) Cass., 16 gennaio 2009, n. 1074, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

(3) in *Mass. Giur. It.*, 1984.

(4) disponibile su One Legale, Wolters Kluwer.

(5) in *Mass. Giur. It.*, 1973.

# Massimario di diritto civile e di diritto del lavoro

Corte di Cassazione, sez. II civ., 6 luglio 2021, n. 19057.  
(Cassa con rinvio, Corte d'Appello di Genova, 8 marzo 2016)

## **ASSOCIAZIONE non riconosciuta - fusione con altra associazione - ricorso all'analogia.**

*Le associazioni non riconosciute costituiscono un'organizzazione di persone legate tra loro dal perseguimento di un fine di comune interesse. In mancanza di una normativa giuridica più dettagliata, sono gli accordi interni che ne regolano l'ordinamento e solo in mancanza di una diversa volontà espressa dagli associati è possibile fare ricorso, di volta in volta, in via analogica, alle disposizioni che regolano casi analoghi per le associazioni riconosciute, per le società e anche in tema di comunione, compatibilmente con la struttura di ogni singolo rapporto. Pertanto, esattamente, è fatto riferimento all'art. 2504 c.c., relativo alla fusione di società, in ipotesi che risulti accertato (con indagine di fatto, che si sottrae al controllo di legittimità, se il relativo apprezzamento è congruamente e logicamente motivato) che due associazioni non riconosciute si sono unificate, dando luogo alla loro estinzione ed alla successione a titolo universale, in tutti i loro rapporti, dell'organismo nato dalla unificazione. (Principio applicato a fattispecie antecedente all'introduzione dell'art. 42 bis c.c.). (Si veda anche: Cass, n. 2496/2021; in senso conforme si veda anche: Cass., n. 583/1967)*

A.B.

Giudice di Pace di Genova, 12 agosto 2024 - Giudice Unico Sesoldi - G.R. c. C.G.K. e A.I.

## **CIRCOLAZIONE stradale - auto in sosta e nozione di "circolazione" - incendio - copertura assicurativa - operatività.**

(Art. 2054 c.c.; art. 122 D.Lgs. 209/2005)

## **CIRCOLAZIONE stradale - incendio di auto in sosta - causa ignota - responsabilità civile del proprietario - sussistenza.**

(Art. 2054 c.c.; art. 122 D.Lgs. 209/2005)

## **CIRCOLAZIONE stradale - incendio di auto in sosta - ripartizione dell'onere probatorio.**

(Art. 2054 c.c.)

*L'incendio propagatosi da un veicolo in sosta su un'area pubblica o ad essa equiparata è da considerarsi evento relativo alla circolazione stradale, con la conseguenza che dei danni derivati a terzi rispondono il proprietario del veicolo e l'assicuratore, salvo che sia intervenuta una causa autonoma, ivi compreso il caso fortuito, a determinare l'evento dannoso. (Conf.: Cass., S.U., 8620/2015; Cass., 2092/2012; Cass., 15392/2011 Cass., 13239/2008; Cass., 14998/2004)*

*Ove la causa dello sviluppo di un incendio su un'auto in sosta rimanga ignota, la responsabilità civile per i danni conseguenti ridonda non a carico del terzo danneggiato, bensì del proprietario (nella fattispecie l'incendio era stato oggetto di rivendicazione da parte di un sedicente gruppo anarchico apparsa su internet qualche giorno più tardi ma rimasta priva di riscontro). (Conf.: Cass., n. 16895/2010; Cass. n. 23945/2009; Trib. Torre Annunziata, n. 283/2023)*

*In caso di incendio di una vettura in sosta sulla pubblica via, al danneggiato è sufficiente allegare e provare il fatto lesivo ed il nesso causale tra lo stesso e l'evento di danno, mentre incombe sul presunto respon-*

*sabile l'onere di dimostrare l'intervento di una causa autonoma sopravvenuta, come il fatto doloso del terzo, di per sé sufficiente a determinare l'evento dannoso. (Conf.: Cass., S.U. 8620/2015)*

A.BEE.

Tribunale di Genova, 2 novembre 2024, n. 2775 - Giudice Unico Fioravanti.

## **COMUNIONE e condominio - modifica del regolamento condominiale - diversa ripartizione delle spese contrattualmente previste - unanimità assembleare - necessità.**

## **MEDIAZIONE (procedura di) - mancata partecipazione - assenza di giustificati motivi - condanna al versamento di una somma pari al contributo unificato.**

(Art. 8, comma 4-bis, D.Lgs. n. 28/2010 e Art. 1135 nn. 2 e 3 c.c.)

*La modifica del regolamento contrattuale concernente il criterio di riparto delle spese, deve essere adottata all'unanimità dei partecipanti del condominio (Cass. Sez. Un. 4806/2005 e Cass. Sez. Un. 3983/2021). Allo stesso modo, a fronte della natura contrattuale del regolamento e delle clausole ivi previste, la decisione di escludere un condomino dalla contribuzione alle spese di un bene comune richiede la relativa assunzione all'unanimità, risolvendosi, di fatto, nell'introduzione di un criterio di riparto spese in deroga a quanto contrattualmente previsto.*

*In assenza di giustificazioni valide, la mancata partecipazione di una parte alla procedura di mediazione obbligatoria prima di intraprendere un'azione giudiziaria, comporta l'obbligo di versare allo Stato una somma pari al contributo unificato dovuto per il successivo giudizio (Nel caso di specie l'assenza del condominio alla procedura è stata ritenuta ingiustificata, come risultava dal verbale negativo del mediatore).*

C.C.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 29 maggio 2024 - Pres. e Rel. Silvestri.

## **CONCORDATO PREVENTIVO - continuità aziendale - regola della priorità relativa (relative priority rule, RPR) - divieto di disparità di trattamento - limiti all'utilizzo di risorse esterne - classificazione dei creditori - violazione delle regole distributive - par condicio creditorum - necessità.**

(Art. 84, comma 6, del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII))

*Nel concordato preventivo in continuità aziendale, ai sensi dell'art. 84, comma 6, del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII), il valore eccedente quello di liquidazione deve essere distribuito secondo la regola della priorità relativa, assicurando ai creditori di pari grado un trattamento non inferiore a quello delle classi di rango pari e più favorevole rispetto a quello delle classi di rango inferiore. Ai sensi dell'art. 88 CCII, è precluso il soddisfacimento integrale di crediti chirografari strategici se ciò comporta una disparità di trattamento rispetto ai creditori privilegiati degradati al rango chirografario.*



*L'apporto di finanza esterna, disciplinato dagli artt. 100 e 112 CCII, non può essere utilizzato per violare l'ordine delle cause legittime di prelazione previsto dagli artt. 2740 e 2741 c.c., né per favorire singoli creditori in deroga alla par condicio creditorum. L'inammissibilità della proposta di concordato preventivo consegue alla violazione delle norme sulla graduazione dei crediti e delle regole distributive.*

C.C.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 4 giugno 2024, n. 1745, Giudice Unico Cazzato.

**CONTRATTO in genere - clausole vessatorie - deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria specifica sottoscrizione - necessità - deroga alla disposizione sul foro generale delle persone giuridiche - ammissibilità.**

(Art. 1341 c. 2 c.c. e art. 19 c.p.c.)

**CONTRATTO in genere - prova - onere - ripartizione tra creditore e debitore - principi.**

(Art. 1218 c.c. e art. 115 c.p.c.)

*La disposizione, di cui all'art. 1341, comma 2 c.c., che prevede la specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie, tra le quali anche quella di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, deve intendersi nel senso della "doppia sottoscrizione" (cfr. Cass. 12 ottobre 2016, n. 20606; Cass. 13 novembre 2014, n. 24193; Cass. 11 giugno 2012, n. 9492; Cass. 27 febbraio 2012, n. 2970; Cass. 26 settembre 2008, n. 2426; Cass. 29 febbraio 2008, n. 5733).*

*La disposizione, di cui all'art. 19 c.p.c., che prevede il foro generale delle persone giuridiche, è derogabile dalla volontà delle parti. (Nel caso di specie il giudice ha rilevato l'infondatezza dell'eccezione, sollevata dall'opponente del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, in base alla quale sarebbe stato competente il foro ove aveva sede la persona giuridica convenuta nonostante la specifica sottoscrizione della clausola di scelta del foro convenzionale a favore del Tribunale di Genova).*

*Affermare che la parte avversaria non abbia dato prova del proprio diritto non equivale ad effettuare una valida ed efficace contestazione dei fatti sui quali il diritto si fonda (in senso conforme Cass. civ., ord. n. 17889 del 27 agosto 2020 e Cass. civ. Sez. II, ord. n. 22701 del 28 settembre 2017).*

*In linea generale, in tema di onere della prova dell'adempimento delle obbligazioni ex artt. 1218 ss. c.c., il creditore che agisce per ottenere l'adempimento del debitore è tenuto a fornire la prova del titolo e ad allegare l'altrui inadempimento. Provato il titolo contrattuale, è in capo al debitore l'onere di dimostrare di avere adempiuto alla propria obbligazione o che l'inadempimento o il ritardo siano derivanti da causa a lui non imputabile (in senso conforme Cass. S.U. del 30 ottobre 2001, n. 13533). (Nel caso di specie il giudice ha ritenuto provato il rapporto contrattuale e le altre circostanze non specificamente contestate dall'opponente del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in quanto non specificamente contestate e, pertanto, tutte implicitamente ammesse ex art. 115 c.p.c.).*

C.CCV.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 19 settembre 2024 - Pres. Atzeni - Rel. Davini - C.P. c. M.B. e Avv. V.L. (curatore del minore).

**FAMIGLIA - separazione giudiziale dei coniugi - addebito - presupposti - violazione dei doveri coniugali - frequenti assenze da casa per motivi di lavoro - insussistenza.**

(Art. 151 c.c.)

**FAMIGLIA - separazione giudiziale dei coniugi - addebito - presupposti - condotte lesive della dignità dell'altro coniuge e dell'integrità dei figli - sussistenza.**

(Art. 151 c.c.)

**FAMIGLIA - separazione giudiziale dei coniugi - addebito - conseguenze - diritto all'assegno di separazione - decadenza.**

(Artt. 151 e 156 c.c.)

*Non possono essere causa di addebito della separazione le frequenti assenze da casa del marito dovute a trasferte lavorative fuori sede poste in essere nell'ambito di una ripartizione consensuale dei compiti fra coniugi.*

*Integra una condotta altamente lesiva della dignità e della sensibilità del coniuge, tale da giustificare l'addebito, il tradimento dell'altro coniuge a cui abbiano fatto seguito l'abbandono del tetto coniugale e la sottrazione dei figli minori per portarli a vivere nell'abitazione del nuovo partner.*

*L'accoglimento della domanda di addebito fa venire meno il diritto del coniuge, a cui la separazione è addebitata, all'assegno di separazione, ove astrattamente configurabile.*

A.BEE.

Tribunale della Spezia, sez. lav., 30 novembre 2023, n. 1038 - Giudice Panico.

**LAVORO - contratto di lavoro - licenziamento dirigente - specificità - giustificata.**

*In tema di licenziamento disciplinare il giudice di merito deve verificare, al di fuori di schemi rigidi e prestabiliti, se la contestazione offra le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella sua materialità, il fatto o i fatti addebitati, tenuto conto del loro contesto e per verificare altresì se la mancata precisazione di alcuni elementi di fatto abbia determinato un'insuperabile incertezza nell'individuazione dei comportamenti imputati, tale da pregiudicare in concreto il diritto di difesa.*

*Per "giustificata" va intesa quella misura particolare da utilizzare specificatamente nel caso di licenziamento delle sole figure professionali di livello dirigenziale e questo al fine di sottolineare il particolare rapporto che si instaura tra i soggetti coinvolti (datore-prestatore di rango dirigenziale), che valica i confini del mero rapporto lavorativo di subordinazione.*

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 20 dicembre 2023, n. 1038 - Giudice Barengi.

**LAVORO - sospensione del giudizio - conflitto di giudicati.**

(Art. 295 c.p.c.)

*Non sussiste l'ipotesi di un conflitto di giudicati in presenza di soggetti societari diversi e di beni della vita domandati ben distinti.*

*La tutela reintegratoria ex art 18 st. lav. e quella di cui all'art 69 d.lgs. 276/2003 avendo un contenuto sanzionatorio differenziato non creano problematiche di rilievo agli effetti che l'art 295 c.p.c. deve governare.*

*(Nel caso di specie il datore di lavoro-appaltatore aveva richiesto la sospensione del giudizio avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento in attesa della pronuncia della Corte d'Appello di Milano, giudizio instaurato dal lavoratore per la richiesta di costituzione ex art 69 d.lgs. 276/2003 di un ordinario rapporto di lavoro subordinato con la committente. Il Giudice ha ritenuto di non disporre la sospensione del giu-*

dizio ritenendo non vi fossero i presupposti per la sussistenza di un conflitto di giudicati)

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 23 gennaio 2024, n. 95 - Giudice Parodi.

**LAVORO - contratto di lavoro - apprendistato - nullità - impugnativa licenziamento - interesse.**

(Art. 42 d.lgs. n. 276/2003)

Nel vigore della precedente normativa in materia di contratto di apprendistato (art 49 d.lgs 276/2003), si riteneva che la forma scritta costituisse un requisito ad substantiam per la stipula di un valido contratto di apprendistato professionalizzante, il quale doveva necessariamente contenere per iscritto anche il piano formativo individuale e la cui inesistenza determinava pertanto la nullità del contratto.

In base al tenore della disposizione oggi in vigore (art 42 d.lgs. 81/2015) la forma scritta è prevista ai soli fini della prova e pertanto i vizi del contratto di apprendistato non comportano più la nullità dello stesso, non essendo più previsti quali requisiti costitutivi della validità del rapporto.

La giurisprudenza maggioritaria è da sempre però orientata a favore della possibilità di aggiungere all'unica sanzione testualmente prevista dalla normativa di settore (ossia la conversione nel caso in cui il datore di lavoro non abbia stabilizzato il numero richiesto di apprendisti prima di procedere ad una nuova assunzione) anche le ipotesi di inadempimento degli obblighi formativi.

L'inadempimento agli obblighi di formazione che determina la trasformazione (o conversione) del contratto di apprendistato in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato deve però avere un'obiettivo rilevante, concretizzandosi nella totale mancanza di formazione, teorica e pratica, ovvero in una attività formativa carente o inadeguata rispetto agli obiettivi indicati nel progetto di formazione.

Qualora il lavoratore sia stato assunto dal subentrante a seguito di cambio di appalto alle dipendenze della nuova società appaltatrice a parità di condizioni normative ed economiche, la domanda di impugnativa del licenziamento nei confronti del precedente datore di lavoro deve essere respinta per carenza di interesse per assenza di una lesione, effettiva e concreta (o anche solo potenziale, ma non astratta e solo formale) ai suoi diritti e interessi.

VA.TO

Tribunale di Imperia, sez. lav., 23 febbraio 2024, n. 32 - Giudice Cappello.

**LAVORO - contratto di lavoro - diffide accertative - opposizione.**

(Art. 12 d.lgs. n. 124/2004)

Qualora il personale ispettivo abbia prova che, per inosservanze della disciplina contrattuale, il lavoratore vanta un credito patrimoniale, può tramite la c.d. diffida accertativa ingiungere al datore di lavoro di corrispondere le somme risultanti dagli accertamenti.

Tale diffida, in caso di mancata proposizione del tentativo di conciliazione presso la Direzione provinciale del lavoro o di mancato accordo ai sensi del comma 2 dell'art 12 d.lgs. 124/2004, acquista valore di accertamento tecnico con efficacia di titolo esecutivo.

La diffida accertativa avente valore ed efficacia di titolo esecutivo non determina il passaggio in giudicato dell'accertamento e pertanto non impedisce al datore di promuovere un'azione giudiziale volta a contestare l'accertamento in essa contenuto.

In particolare, ove il datore di lavoro non sia stato ancora raggiunto da iniziativa esecutiva, egli avrà azione di accertamento negativo del credito

patrimoniale.

In caso di procedimento esecutivo intrapreso o anche solo minacciato, al datore di lavoro sarà consentito invece proporre i rimedi dell'opposizione all'esecuzione ovvero dell'opposizione agli atti esecutivi ai sensi degli artt. 615, 617 e 618-bis c.p.c., e pertanto contestare l'an e il quomodo dell'azione esecutiva.

Tuttavia, se in linea generale con l'opposizione all'esecuzione forzata fondata su titolo esecutivo giurisdizionale possono farsi valere esclusivamente fatti sopraggiunti alla formazione del titolo esecutivo, lo stesso principio non opera allorché l'esecuzione forzata sia basata su di un titolo di natura amministrativa come la diffida accertativa.

In tal caso è doveroso chiaramente essere accordato al presunto debitore il diritto di contrastare la pretesa esecutiva del creditore con la stessa pienezza di mezzi di difesa consentita in caso di resistenza a una domanda di condanna o accertamento del debito avanzata in via ordinaria dal lavoratore.

ST.TO.

Tribunale della Spezia, sez. lav., 13 marzo 2024, n. 111 - Giudice Panico.

**LAVORO - contratto di lavoro - licenziamento - forma scritta.**

(Art. 2 l. n. 604/1966)

Il requisito della forma scritta di cui all'art. 2, L. n. 604 del 1966 si deve intendere come necessità che la manifestazione della volontà datoriale di risolvere il rapporto sia impressa nella sua materialità tramite un documento scritto cartaceo o una evidenza telematica.

Inoltre non è neppure necessario che l'atto di recesso sia sottoscritto dal datore di lavoro, se nel successivo giudizio viene da questi esibito per avvalersene. (Nel caso di specie la comunicazione scritta è stata trasmessa via mail ad un indirizzo di posta elettronica riferibile al ricorrente e la stessa comunicazione è stata inviata via WhatsApp il medesimo giorno. Il ricorrente non ha poi contestato la riferibilità a sé dell'indirizzo di posta elettronica di cui sopra, né di non aver ricevuto il documento, né la riferibilità a sé dell'utenza telefonica sulla quale è avvenuto l'invio della lettera di licenziamento. Il Giudice ha quindi ritenuto assolto l'obbligo della forma scritta del licenziamento.)

VA.TO.

Tribunale di Imperia, sez. lav., 28 marzo 2024, n. 69 - Giudice Siccardi.

**LAVORO - contratto di lavoro - inquadramento.**

(Art. 2103 c.c., art 2697 c.c.)

Per determinare il corretto inquadramento di un lavoratore subordinato occorre fare ricorso a un procedimento trifasico: in primo luogo si individuano le qualifiche e i gradi previsti dal contratto collettivo di riferimento; in seconda battuta si accertano in fatto quali mansioni siano state concretamente espletate; da ultimo, si raffrontano i risultati delle due precedenti indagini.

L'onere della prova dell'espletamento delle mansioni superiori grava sul lavoratore, così come grava sullo stesso anche l'onere di provare la prevalenza delle mansioni asseritamente superiori rispetto a quelle svolte in virtù dell'inquadramento risultante dal contratto.

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 4 aprile 2024, n. 982 - Giudice Parodi.

**LAVORO - avviso di addebito - opposizione - certificazione contratti - appalto.**

(D.lgs. n. 276/2003)

*La certificazione dei contratti è una procedura volontaria mediante la quale una commissione, appositamente istituita presso diversi enti, certifica la qualificazione che le parti hanno dato al contratto di lavoro tra di esse stipulato o anche un diverso contratto avente ad oggetto quali ad es. l'appalto.*

*In presenza di una qualificazione ex art 80 d.lgs 276/2003, il ricorso in giudizio in ordine alla qualificazione del contratto e alle interpretazioni delle relative clausole è precluso, salvo il caso di erronea qualificazione del programma negoziale da parte dell'organo preposto o in caso di difformità tra il programma negoziale certificato e quello effettivamente posto in essere.*

*Perché l'appalto possa considerarsi genuino è necessario che sussistano i due principi civilistici della "organizzazione dei mezzi" e "l'assunzione del rischio di impresa" da parte dell'appaltatore.*

*Nel caso di appalti "labour intensive" o appalti leggeri, ossia quelli caratterizzati dalla prevalenza delle prestazioni lavorative, l'appalto si considera genuino anche in caso di utilizzo di strumenti di proprietà del committente, purché l'appaltatore eserciti il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei propri lavoratori, così integrando il requisito "dell'organizzazione dei mezzi necessari".*

*(Nel caso di specie gli Ispettori avevano disconosciuto la genuinità dell'appalto intercorso fra due società ritenendo che il rapporto in essere celasse in realtà una somministrazione illecita di mano d'opera. Il Giudice adito ha a sua volta dichiarato la difformità tra il contratto d'appalto certificato dalla commissione di certificazione e la successiva attuazione).*

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 12 aprile 2024, n. 446 - Giudice Grillo.

#### **LAVORO - rapporto di lavoro - discriminazione associata -- attenuazione onere probatorio.**

(Art. 28 d.lgs. 150/2011)

*La discriminazione "associata" sussiste quando la disabilità riguarda non il lavoratore ma una persona in stretto rapporto con questi.*

*Anche la discriminazione associata costituisce discriminazione diretta.*

*Si configura quindi un licenziamento discriminatorio allorché venga provato in giudizio che il licenziamento ha dato luogo ad una discriminazione diretta, in quanto conseguenza immediata e diretta della condizione di disabilità del figlio del lavoratore.*

*Dall'attenuazione dell'onere probatorio ex art 28 d.lgs. 150/2011 consegue che il lavoratore ricorrente può limitarsi a fornire elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori, spettando in tal caso al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione.*

*Il lavoratore non può agire in giudizio chiedendo l'annullabilità della delibera assembleare con la quale l'assemblea dei condomini ha deliberato la soppressione del servizio di portineria in quanto l'azione di annullabilità può essere fatta valere solo dal condomino assente o dissenziente.*

*(Nel caso di specie il lavoratore ha agito in giudizio per l'impugnativa del licenziamento irrogatogli dall'Amministratore di Condominio a seguito di delibera dell'assemblea deducendo il carattere discriminatorio del licenziamento essendo il figlio affetto da disabilità).*

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 9 aprile 2024, n. 435 - Giudice Barengi.

#### **LAVORO - rapporto di lavoro - licenziamento- ritorsività - onere della prova - demansionamento.**

(Artt. 1345 e 2729 c.c.)

*La fattispecie del licenziamento ritorsivo, riconducibile al motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del Codice civile, risulta costruita su una relazione di connessione causale tra le condotte contrapposte (reazione ingiusta a condotta legittima del lavoratore).*

*Ai fini dell'accoglimento della domanda di accertamento della nullità del licenziamento in quanto fondato su motivo illecito, occorre che l'intento ritorsivo datoriale abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà di recedere dal rapporto di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso.*

*Ancor prima è necessario che il lavoratore alleggi la ragione ritorsiva, vale a dire un fatto storico costituente il comportamento legittimo del lavoratore, operante quale causa scatenante la ingiusta reazione del datore di lavoro.*

*Il danno da demansionamento non ricorre in modo automatico in ogni caso di inadempimento datoriale.*

*Esso può essere provato dal lavoratore, ai sensi dell'art. 2729 cod. civ., attraverso l'allegazione di elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti, potendo a tal fine essere valutati la qualità e quantità dell'attività lavorativa svolta, il tipo e la natura della professionalità coinvolta, la durata del demansionamento.*

ST.TO.

Tribunale di Massa, sez. lav., 30 maggio 2024, n. 130 - Giudice Soffio.

#### **LAVORO - rapporto di lavoro - contratto a tempo determinato - sottoscrizione.**

*La necessaria sottoscrizione del contratto di lavoro a tempo determinato da parte del lavoratore è volta a dare prova dell'accettazione da parte dello stesso della durata limitata e predeterminata del rapporto di lavoro.*

*La mancanza di sottoscrizione antecedente all'effettivo inizio del rapporto di lavoro da parte del lavoratore (e non quella del datore di lavoro) determina l'effettiva costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato fin dall'origine.*

*La durata massima del periodo di prova previsto nei contratti di lavoro non può essere superiore a quanto stabilito dal CCNL di categoria.*

*Posto che il lavoratore ha interesse che esso, pur perdurante un tempo sufficiente a consentire al medesimo di avere le competenze e le abilità per svolgere un determinato lavoro, sia stabilito più breve possibile per poter essere stabilizzato, è senz'altro legittima una sua pattuizione per una durata inferiore.*

*(Nel caso di specie il lavoratore aveva impugnato il contratto a termine della durata di 40 giorni deducendone la nullità stante la sottoscrizione del datore di lavoro in un momento successivo a quello di effettivo inizio del rapporto di lavoro e stante il periodo di prova stabilito in misura inferiore rispetto a quello previsto da CCNL).*

ST.TO.

Tribunale di Imperia, sez. lav., 27 giugno 2024, n. 163 - Giudice Siccardi.

#### **LAVORO - rapporto di lavoro - previdenza complementare - trattamento di fine rapporto.**

(D.lgs. n. 252/2005)

*In tema di previdenza complementare, il generico riferimento, contenuto*



nell'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 252 del 2005, al "conferimento" del TFR maturando alle forme pensionistiche complementari, lascia aperta la possibilità che le parti, nell'esplicazione dell'autonomia negoziale loro riconosciuta dall'ordinamento, pongano in essere non già una delegazione di pagamento (art. 1268 cod. civ.) bensì una cessione di credito futuro (art. 1260 cod. civ.).

Si delinea così un rapporto trilaterale tra le parti, nell'ambito del quale si ritiene, da un lato, che il lavoratore sia l'unico soggetto legittimato ad agire in giudizio per pretendere dal datore di lavoro il versamento dei flussi omessi (così da consentire al diretto interessato di tutelare il proprio diritto soggettivo all'integrità della posizione previdenziale) e, d'altro lato, che il datore di lavoro possa essere condannato al versamento delle somme solo in favore del fondo di previdenza complementare, e non già in favore del lavoratore stesso. In questo senso, la presenza in causa del gestore del fondo si giustifica affinché la sentenza di condanna possa essere pronunciata "a favore di terzo" e possa fare stato anche nei confronti dello stesso. È, quindi, necessaria la presenza in giudizio del gestore del fondo, in quanto, pur non essendo il credito stato ceduto ed essendo il lavoratore legittimato ad agire in giudizio per pretendere dal datore il versamento delle somme omesse, tuttavia, la condanna al versamento predetto può essere disposta esclusivamente in favore del fondo medesimo, trattandosi, in buona sostanza, di condanna a favore di terzo.

VA.TO.

Tribunale di Imperia, sez. lav., 18 settembre 2024, n. 187 - Giudice Cappello.

#### **LAVORO - rapporto di lavoro - licenziamento orale - onere della prova.**

Il lavoratore che chiede accertarsi il licenziamento orale ha l'onere di provare, oltre all'esistenza del rapporto di lavoro subordinato, la manifestazione di una volontà datoriale volta all'estinzione del rapporto medesimo.

(Nel caso di specie il lavoratore si era limitato a dedurre esclusivamente l'assenza dal lavoro da gennaio 2022 poiché privo della certificazione verde COVID 19 e le contestazioni mosse in merito a tale circostanza dal datore di lavoro, contestazioni che secondo l'impostazione del lavoratore, avrebbero dimostrato la volontà datoriale di interrompere il rapporto lavorativo. Il Giudice ha ritenuto di non potersi in alcun modo assimilare l'intento datoriale di stigmatizzare una protratta assenza, con la volontà di interrompere il rapporto lavorativo, potendosi al più desumere, in senso contrario, la mancanza di interesse del lavoratore alla conservazione del posto).

ST.TO.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice Tutelare, 24 giugno 2024, Giudice Ardoino.

#### **MINORE - rilascio del passaporto o documento equipollente valido per l'espatrio - consenso di entrambi i genitori - necessità - mancanza - diritto all'espatrio e alla libera circolazione delle persone - favor legis per il rilascio di documenti - ruolo del giudice.**

(Art. 43 disp. att. c.c. e 737 c.p.c.; art. 3 L. 1185/1967)

In tema di rilascio di passaporto o documento equipollente valido per l'espatrio a favore di un minore, ai sensi dell'art. 3 della L. 21 novembre 1967, n. 1185 (come modificata dal D.L. 135/2009 e dalla L. 106/2011) il Giudice Tutelare, in caso di mancato consenso di entrambi i genitori, è tenuto a verificare se sussistano particolari pericoli per l'interesse del minore, quali il rischio di sottrazione all'altro genitore o di pregiudizio per la sua educazione. La facoltà di espatriare si configura come un vero e proprio diritto anche per il minore, in conformità a quanto sancito dal terzo comma dell'art. 16 Cost. e dal principio della

libera circolazione delle persone, sorto con la creazione della stessa Comunità Europea. La valutazione deve essere condotta in via generale e non con riferimento a singoli viaggi programmati: non rileva se l'interesse al rilascio dei documenti sia "attuale" oppure no, ma solo se possa esservi il pericolo in generale che il genitore sottragga i figli all'altro.

(Nel caso di specie viene concessa l'autorizzazione al rilascio del documento valido per l'espatrio, in assenza di concreti pericoli, e vengono attribuiti al tutore provvisorio del minore ed alla madre l'obbligo di custodire il documento e la facoltà di autorizzare viaggi o delegare terzi per l'accompagnamento del minore stesso).

C.C.

Corte d'Appello di Genova, 22 gennaio 2024, n. 75.

#### **SERVITÙ - elenco vie pubbliche - presunzione di uso pubblico - non inserimento nell'elenco - superabilità della presunzione nel caso di specie.**

#### **SERVITÙ - presunzione di uso pubblico della strada - criteri per il riconoscimento.**

L'inserimento di una strada nell'elenco delle vie pubbliche o gravate da uso pubblico riveste funzione puramente dichiarativa della pretesa, ponendo una semplice presunzione di pubblicità dell'uso, superabile con la prova contraria della natura della strada e dell'inesistenza di un diritto di godimento da parte della collettività mediante un'azione negatoria di servitù (Cfr.: Cons. St., sez. II, 21 gennaio 2020, n. 471; id., sez. V, 16 marzo 2020, n. 1870; id., 29 maggio 2017, n. 2531; Cass., sez. VI, ord. 12 marzo 2021, n. 7091; id., sez. II, 14 giugno 2018, n. 15618; id., sez. II, 12 novembre 2019, n. 29228).

La sentenza di primo grado, a prescindere dalla coincidenza della strada oggetto di causa con quella dell'elenco del 1842, accertando che l'elenco non era aggiornato esclude l'operatività della presunzione.

Dai documenti prodotti deve ritenersi che sussista da tempi immemorabili un diritto di uso pubblico della strada vicinale oggetto di causa. La sentenza di primo grado ha quindi accertato la sussistenza della prova del durevole e costante asservimento della strada privata da parte dei residenti alle valutazioni discrezionali della P.A. in merito alla gestione ordinaria e straordinaria del sentiero interpodereale.

In alcun modo risulta contraddittoria la pronuncia laddove, esclusa l'operatività della presunzione, richiamando i riportati accertamenti peritali, ha accertato il pubblico utilizzo, in corrispondenza alle deduzioni della parte convenuta/appellata.

Affinché una strada privata possa essere considerata di uso pubblico, non basta che essa possa servire da collegamento con una via pubblica e sia adibita al transito di persone diverse dal proprietario. Occorre, piuttosto, un uso generalizzato del passaggio da parte di una collettività indeterminata di individui, considerati *uti cives* in quanto portatori di un interesse generale, non essendo sufficiente un'utilizzazione *uti singuli*, cioè finalizzata a soddisfare un personale esclusivo interesse per il più agevole accesso ad un determinato immobile di proprietà privata (Cfr.: Cons. Stato, Sez. II, 18 maggio 2020, n. 3158; Cass., Sez. II, 29 novembre 2017, n. 28632; Cass., Sez. II, 22 giugno 2011, n. 13705; Cass., Sez. II, 16 aprile 2007, n. 9077).

Perché un'area privata possa ritenersi assoggettata a servitù pubblica di passaggio richiede: l'uso generalizzato del passaggio da parte di una collettività indeterminata di individui, considerati *"uti cives"* in quanto portatori di un interesse generale, la sussistenza di un titolo valido a sostenere l'affermazione di un diritto di uso pubblico e il requisito dell'oggettiva idoneità del bene a soddisfare il fine di pubblico interesse perseguito tramite l'esercizio della servitù.

F.BARD.

Giudice di Pace di Genova, sez. III civ., 1 giugno 2024.

**RESPONSABILITÀ civile - danno da fermo tecnico - facoltà di ricorrere a noleggio convenzionato - ammissibilità - opposizione ingiustificata da parte dell'impresa assicuratrice - responsabilità aggravata ex 96 c.p.c. - sussiste.**

(Art. 149 Codice delle Assicurazioni Private e art. 96, co. 3, c.p.c.)

*In materia di risarcimento del danno da fermo tecnico conseguente a sinistro stradale, l'assicurato, pur disponendo di una polizza che preveda il noleggio gratuito di un veicolo sostitutivo, conserva il diritto di agire per il risarcimento del danno nei confronti dell'impresa assicuratrice del responsabile civile ai sensi dell'art. 149 c.d.a., senza essere vincolato ad avvalersi del servizio offerto dalla polizza. La prova del danno da fermo tecnico richiede la dimostrazione dell'esborso per il noleggio del veicolo sostitutivo o di una perdita economica riconducibile all'indisponibilità del mezzo. Tale danno, quando provato, deve essere integralmente riconosciuto, anche se il servizio è stato fornito dalla società cessionaria del credito. L'opposizione ingiustificata dell'impresa assicuratrice, basata su questioni palesemente infondate, può integrare gli estremi della responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c., giustificando la condanna al pagamento di una somma a titolo sanzionatorio per abuso del processo (Cfr. Trib. Reggio Emilia 18/04/2012). (Nel caso di specie il Giudice di Pace ha affrontato il tema dell'opponibilità all'impresa cessionaria di un credito risarcitorio (connesso all'utilizzo di una vettura sostitutiva), delle clausole assicurative prevedenti la possibilità per il danneggiato/assicurato, di utilizzare un'auto sostitutiva).*

C.C.

Tribunale di Genova, 17 ottobre 2024 - Giudice Unico Grasso.

**RESPONSABILITÀ civile - diagnosi medica ritardata - errore - perdita di chances di guarigione - risarcimento - ammissibilità - criteri - nesso di causalità - dimostrazione - obbligo.**

(Artt. 1226 e 2043 c.c.)

*In caso di negligenza sanitaria, l'omessa segnalazione e mancata programmazione di controlli clinici successivi ad una diagnosi sospetta, che porti ad un ritardo nella diagnosi oncologica e conseguente riduzione delle maggiori possibilità di sopravvivenza del paziente, configura una responsabilità risarcitoria per perdita di chance.*

*Il danno da perdita di chance, configurabile come autonoma voce di danno rispetto alla perdita del bene della vita, è risarcibile previa dimostrazione del nesso causale tra la condotta colpevolmente*

*tenuta e la causazione di un evento di danno incerto, secondo il criterio del "più probabile che non" (Cass. n. 5641/2018).*

*La liquidazione del danno deve avvenire in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., tenendo conto del grado di apprezzabilità, serietà e consistenza della chance perduta. Non è configurabile un risarcimento per il danno da perdita del bene della vita qualora non sia provato, con sufficiente grado di probabilità, che l'omissione diagnostica abbia cagionato direttamente il decesso. (Nel caso di specie, la CTU ha stabilito che l'omissione dei sanitari ha ridotto del 42% le possibilità di sopravvivenza del paziente e, conseguentemente, il Tribunale ha condannato i sanitari al risarcimento del danno cagionato in capo ai parenti del de cuius dalla perdita di chance, per la diminuzione della qualità della vita subita dal paziente).*

C.C.

Tribunale di Genova, sez. V civ., 11 ottobre 2024, n. 2613 - Pres. Ravera - Rel. Lippi.

**SOCIETÀ - bilancio - ammortamento - pandemia Covid - sospensione dell'ammortamento annuo anche senza il verificarsi di un danno conseguente alla pandemia - ammissibilità.**

(Art. 12 preleggi c.c.; art. 60 D.L. 14 agosto 2020, n. 104)

*La facoltà di sospendere l'ammortamento non presuppone l'esistenza di un danno conseguente all'emergenza pandemica né è corretto introdurre, su base interpretativa, una condizione non presente nel testo di legge.*

*Soccorre in tal caso l'art. 12 c. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale secondo cui "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore". Il criterio teleologico, così come quello analogico e sistematico, si applica infatti in via sussidiaria, laddove il criterio letterale non consenta di individuare il significato in termini sufficientemente certi ed univoci".*

*Il decreto Legge 14 agosto 2020, n. 104 è stato emanato nel contesto emergenziale, per l'adozione di misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia e l'art. 60 detta la disciplina dei rifinanziamenti di misure a sostegno delle imprese prevedendo al comma 7 bis ha previsto la possibilità di sospensione dell'ammortamento annuo sino al 100% per l'esercizio in corso, senza subordinare, però, l'esercizio di tale facoltà al verificarsi di un danno conseguente alla pandemia. D'altra parte, l'elemento dell'effettività di un danno conseguente al Covid 19 porterebbe a restringere l'ambito applicativo di una normativa che aveva il precipuo scopo di sostenere l'economia in un contesto emergenziale di estrema gravità.*

A.B.

Tribunale di Savona, sez. civ., 1 dicembre 2023, Pres. Princiotta - Rel. Passalapi.

**TRUST - atto notarile identificativo di immobili asseritamente devoluti in trust - autenticazione - principio di tassatività della trascrizione.**

(Artt. 2643 e 2645 c.c.)

*Qualora il trust non sia stato regolarmente istituito, il successivo atto notarile meramente identificativo degli immobili asseritamente devoluti in trust non può ovviare alla carenza del titolo e non può, pertanto, essere trascritto. Tale atto identificativo ha natura di atto meramente ricognitivo e non può, quindi, rientrare nel novero degli atti trascrivibili di cui agli artt. 2643 e 2645 c.c. (cfr. sulla natura dell'atto di mero accertamento, Cass., n. 24848/2015, secondo cui: "il negozio di accertamento, che può avere anche struttura semplicemente unilaterale, attesa la possibilità per un soggetto di vincolarsi con una dichiarazione unilaterale a considerare per il futuro in un determinato modo una situazione precedentemente incerta, è caratterizzato, quanto alla causa, dallo scopo di imprimere certezza giuridica ad un preesistente rapporto o di precisarne definitivamente il contenuto e l'essenza quanto agli effetti; esso non determina ex se il trasferimento di beni e di diritti da un soggetto all'altro, né costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, in quanto rende soltanto definitiva la situazione connessa con il rapporto preesistente, la quale sia, di per sé, idonea al conseguimento degli effetti definitivamente fissati dal negozio accertativo. La funzione di accertamento propria del negozio così qualificato, e la sua efficacia retroattiva, sono incompatibili con l'effetto traslativo della proprietà" (Cass. nn. 3421/68, 969/67, 1024/62, 2164/58, 4172/57 e 1229/50).*

*Il principio di tassatività della trascrizione, seppur oggetto di ripensamenti e riletture critiche, non ammette la trascrizione degli atti di mero accertamento, ma soltanto degli atti che producono i medesimi effetti degli atti espressamente individuati dalla legge ovvero, secondo l'orientamento più estensivo, anche degli atti che spiegano effetti ad essi assimilabili, seppur non identici. (Nel caso di specie, il Tribunale ha rigettato il reclamo avverso il diniego opposto dal Conservatore alla trascrizione dell'atto notarile identificativo di immobili asseritamente devoluti in trust).*

C.CCV.

# Documenti

## Il “diritto vivente” nella motivazione delle sentenze civili.

**Guido Alpa**

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

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. Diritto vivente e Corte Costituzionale. - 3. Diritto vivente e Corti superiori. - 4. Diritto vivente e nomofilachia. - 5. Libertà e responsabilità dell'interprete. - 6. Diritto vivente e diritto civile.

### 1. Premessa.

Il “diritto vivente” è diventato una di quelle formule magiche che Wietholter ha intercettato nella cultura giuridica: è impiegato dagli studiosi, dai giudici, dai funzionari amministrativi ed ha diversi significati che debbono essere decodificati. Si presta a rivestire interpretazioni, operazioni, manipolazioni dietro un manto formale che si autolegittima attraverso la prassi interpretativa.

Secondo la teoria classica, ripresa con molta finezza nella voce enciclopedica di Luigi Mengoni (*Il diritto vivente in Dig.IV*, (Torino, 1990) ora raccolta nel volume *Ermeneutica e dogmatica giuridica* (Milano, 1996) la formula riguarda il diritto come applicato dall'interprete qualificato, quindi non il diritto che identifica la norma con il testo legale ma il diritto costituito dal significato dato al testo dall'interprete in vista della applicazione di un caso concreto (p.149). In questo senso, l'interprete compie una attività non meramente dichiarativa ma concorre nella formazione del diritto e il risultato della sua attività diventa parte costitutiva del diritto. Sempre Mengoni ricorda che, al di là delle problematiche risalenti addirittura all'epoca giustiniana o, in tempi più vicini a noi, alle tesi di Ehrlich, nella dottrina italiana questa locuzione è stata introdotta da Antonio Scialoja in un saggio su *La sistemazione scientifica del diritto marittimo* del 1928, con una accezione che alludeva alla distinzione tra *law in book* e *law in action*, ma poi ha assunto altri significati.

Il saggio di Mengoni si sofferma sull'impiego del termine da parte dei giuristi, in particolare dei cultori del diritto costituzionale, si sofferma sul ruolo delle fonti e sulla interpretazione intesa come esplicativa dei significati della norma: interpretazione che non è mai creativa delle norme, in una con Francesco Santoro Passarelli, che ne discorre nel saggio intitolato *A proposito del diritto vivente*, ora raccolto nel volume su *Ordinamento e diritto civile* (Napoli, 1988).

La voce di aggiornamento del Digesto, curata da Massimo Cavino, dà conto degli sviluppi dottrinali successivi, in particolare mettendo in luce il rapporto tra la problematica del diritto vivente e quella della interpretazione della norma conforme a costituzione.

In questo torno d'anni l'uso della formula è diventato molto frequente, e come spesso accade quando i confini di un termine si espandono, si sono moltiplicati i suoi significati, ora considerandosi il diritto vivente come l'antitesi al diritto scritto, ora prendendolo a modello per il confronto tra *ius* e

*lex*, ora indicandolo come esempio di “ritorno al diritto” secondo il lessico di Paolo Grossi, ora per avvalorare la tesi della funzione creativa della giurisprudenza, intesa come vera e propria fonte del diritto o come prova della trasformazione dell'ordinamento in diritto *giurisdizionale*, secondo il lessico di Nicola Lipari.

Se si volesse dare peso all'uso dei termini - per poter capire quali e quante cose si possono fare con le parole, scorrendo i dati emergenti da Italgjureweb (il Centro elettronico della Corte di Cassazione) si deve prendere atto che al 13 ottobre 2024, data in cui ho fatto la ricerca, le sentenze civili che in motivazione recavano la locuzione “diritto vivente” erano 6076; molte di più erano quelle che menzionano la “giurisprudenza consolidata” (10035), oppure l’ “orientamento consolidato” (8052), mentre la formula più ricorrente è “la giurisprudenza di questa Corte” (ben 80670 sentenze e ordinanze). Segno inequivoco dell'autoreferenzialità dei giudici e dell'auctoritas che ammantava le sentenze e le ordinanze della Corte di legittimità.

Nell'accezione più comune ed usuale, la formula allude al diritto applicato, al diritto cioè non circoscritto all'enunciato, ma al diritto come inteso da un soggetto qualificato in un contesto qualificato. Il diritto vivente così concepito comprende tutte le regole del diritto vigente che sono accreditate da un comune sentire.

Così lo intendono gli studiosi del diritto civile, che spesso usano questa espressione in alternativa a, o in modo fungibile, con quella di *diritto giurisprudenziale*, individuando un diritto in azione, in perpetua espansione e capace di adattamento alle esigenze della realtà sociale. Un diritto che si costruisce attraverso le decisioni dei giudici, ricorrendo spesso alle massime elaborate in via ufficiale dall' Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.

«La giurisprudenza - ha scritto Giovanni Amoroso, prestigioso giudice della Corte Suprema ora giudice della Corte costituzionale - costituisce un processo dinamico di continua formazione di principi di diritto, espressi da pronunce giudiziarie, rilevati e trasfusi in ‘massime’: essa si evolve, matura, si consolida, ritorna su sé stessa, muta, riparte su diverse basi. La rilevazione della giurisprudenza mediante l'attività di ‘massimazione’ ad opera dello stesso organo che le emette è tipica della Corte di Cassazione, posta al vertice del sistema giudiziario italiano, la quale, a mezzo del suo Ufficio del Massimario, provvede essa stessa ad estrarre i principi di diritto dall'insieme delle sue pronunce; si tratta quindi di una massimazione per così dire ‘ufficiale’ a fronte della possibile massimazione redazionale di riviste e repertori giuridici».

Massimazione ‘ufficiale’ che invece tuttora manca per la nomofilachia parallela dei giudici speciali a partire da quella, pur di grande rilievo, del giudice amministrativo.

La massimazione rappresenta quindi il monitoraggio continuo dei principi di diritto che concorrono a specificare la portata ed il significato del dato normativo. È pur vero che nel nostro ordinamento giuridico l'esercizio della giurisdizione mediante provvedimenti giudiziari, che affermano ‘principi di diritto’, non si inserisce nel sistema delle fonti del diritto, ma partecipa al processo di interpretazione delle norme di legge. La giurisprudenza non integra la norma interpretata; la lascia invariata



e quindi la norma stessa rimane suscettibile di una continua opera di interpretazione. (*Il progetto CERTANET nel sistema Italgire della Corte di Cassazione*, Scritti dedicati a Maurizio Converso a cura di Domenico Dalfino, Roma, 2016, p. 23). Il diritto vivente si conosce, oltre che dalle massime della Cassazione, dalle sentenze pubblicate dalle riviste, siano esse di giudici di legittimità oppure di merito.

Se si dovesse essere realisti si dovrebbe ammettere che il diritto vivente che conosciamo, anzi, che siamo in grado di conoscere, è solo una porzione minimale di tutte le regole applicate nel nostro Paese, visto che disponiamo solo del Massimario della Corte di Cassazione, dei repertori delle Corti Superiori, dei repertori di qualche Tribunale e Corte d'Appello, ma non è ancora disponibile un massimario globale del merito. In più, la maggior parte delle sentenze restano occultate negli archivi giudiziari, e quelle che si divulgano riguardano le questioni che sollecitano per la loro novità i commentatori che le pubblicano sulle riviste.

Si consideri anche il fatto che secondo le statistiche del Ministero della Giustizia le sentenze di primo grado appellate in corte sono solo il 15% del totale, e quelle delle corti d'appello oggetto di ricorso in Cassazione sono circa il 10% di tutte le sentenze d'appello.

## 2. Diritto vivente e Corte Costituzionale.

Vi sono altre accezioni di "diritto vivente", più restrittive, e più paludate, e particolarmente significative perché definite in modo ufficiale dalla Corte costituzionale.

Un elegante ed acuto saggio di Gianpaolo Parodi, apparso di recente su *Giurisprudenza costituzionale* (2023, n.6, p. 2807) ha riproposto la problematica del diritto vivente come definito ed utilizzato dalla Corte costituzionale e come oggetto di dibattito da parte degli studiosi di diritto costituzionale, a partire dalle tesi di Carlo Esposito e di Vezio Crisafulli, in connessione con la problematica della "interpretazione conforme a costituzione", prospettiva assai complessa, oggetto di un ampio dibattito aperto in tempi recenti dalla voce enciclopedica di Massimo Luciani, e poi della monografia che questo Autore ha intitolato, et pour cause "ogni cosa al suo posto".

Grande eco avevano suscitato anche gli scritti di Gustavo Zagrebelsky, notoriamente più aperto, rispetto ai giuscostituzionalisti formalisti, a riconoscere ampi spazi di libertà creativa all'interprete (*La dottrina del diritto vivente in Giur. cost.*, 1986, 1148 ss, ID., *La doctrine du droit vivant in Ann. int. dr. const.*, 1998, p. 55 ss.).

In questa prospettiva, il diritto vivente diventa allora una formula ben più significativa e più connotante dell'attività del giudice e dell'idea di diritto che ne emerge.

Intanto, perché essa ha un significato più preciso di quelli fino ad ora esaminati, e che i civilisti di oggi sono adusi ad assegnarle, dal momento che, come si è scritto, la giurisprudenza costituzionale ha sempre negato che il diritto vivente possa derivare dalla prassi amministrativa e da atti regolamentari o circolari, ritenuti a questo scopo irrilevanti, anche qualora siano stati emanati da un organo di rilevanza costituzionale, quale il C.S.M. Questi atti, infatti, «possono dar vita ad una prassi, ma non producono alcun "diritto vivente", che vincoli la Corte nell'interpretazione delle norme impugnate» e, dunque, non «può invocarsi un presunto "diritto vivente" costituito da direttive e prassi dell'amministrazione [...], spettando viceversa ai giudici, soggetti soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), ricostruire la corretta portata delle disposizioni legislative» (Ordinanza 26 maggio 1998, n. 188).

Ancora. Nonostante Italgireweb ci dica che nelle sue motivazioni la Corte di Cassazione menziona spesso la giurisprudenza di merito (3584 volte), il diritto vivente è composto solo dalle sentenze della Corte di Cassazione, a cui si aggiungono le sentenze del Consiglio di Stato e quelle della Corte dei Conti, meglio se si tratta dell'Adunanza Plenaria o delle Sezioni Riunite.

Una ricerca condotta nel 2015 dagli Uffici della Corte costituzionale (*Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale* a cura di L. Salvato, Roma) ha registrato che «la rilevanza riconosciuta dalla Corte costituzionale al diritto vivente comporta infatti che, qualora una determinata interpretazione di una disposizione che abbia assunto tale carattere permetta di ritenere privi di consistenza i dubbi di legittimità costituzionale, è a questa che il giudice comune deve attenersi e, conseguentemente, egli resta sostanzialmente privato della facoltà di offrire della disposizione una differente esegesi. In presenza di un diritto vivente giudicato non incompatibile con i parametri costituzionali invocati, la Corte costituzionale pronuncia, infatti, una decisione che avalla e consolida l'orientamento giurisprudenziale dominante».

Nascono allora due problemi.

Il primo. Quando "quantitativamente" si può ritenere che si sia formato il diritto vivente concernente una determinata questione, cioè un orientamento giurisprudenziale? Perché in questo senso, le restrizioni ai significati che la dottrina del diritto civile dà al sintagma diritto vivente cominciano a divenire molteplici. Non è tale tutto il diritto applicato, ma solo il diritto applicato dai giudici, ma non da tutti i giudici, solo da quelli delle Corti superiori; e in tanto è vivente in quanto esso sia applicato in modo sistematico e ripetitivo si da formare un orientamento.

Il secondo. Se si deve considerare la conformità di quell'orientamento alla Costituzione, dovendo il giudice attuare una interpretazione siffatta, quale significato deve prendere in considerazione? Quello fatto palese dalle parole, secondo l'art.12 delle preleggi o quello trasfuso dalla disposizione nella norma, secondo l'orientamento consolidato?

Il problema, che aveva contrapposto Crisafulli, fautore della prima accezione, ad Ascarelli, fautore della seconda, è stato risolto dalla Corte costituzionale in favore della prima. Va ricordata anche la proposta interpretativa di Virgilio Andrioli, (*Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1962, 529 ss.), che assumeva il concetto di diritto vivente in un'accezione lata, secondo la quale, oltre alla definizione ascarelliana di "applicazione giurisprudenziale o amministrativa consolidata", occorre fare riferimento alla più generica "pratica applicazione dei testi", spostando l'attenzione dalla norma oggetto di scrutinio isolatamente considerata alla situazione complessiva dell'intero ordinamento giuridico positivo in cui detta norma trova collocazione.

La Corte ha comunque ribadito la sua posizione in molte pronunce, in particolare con la sentenza 5 novembre 1986, n. 231: «Come questa Corte non può sovrapporsi alla Corte di Cassazione, cui compete ai sensi dell'art. 111 comma secondo Cost. la filachia delle norme sottordinate, nell'applicazione dei criteri dettati nell'art. 12 disp. prelim. c.c., così il "diritto vivente", quale risulta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, non preclude a questa Corte il vaglio delle norme sottordinate, che ne han formato oggetto, alla stregua della Carta costituzionale».

Luigi Mengoni ritiene che la Corte costituzionale già dalla sentenza n.3 del 1956 abbia fatto riferimento al diritto vivente,

non usando esplicitamente questa formula ma riferendosi genericamente all'interpretazione della Corte di Cassazione. I costituzionalisti fanno risalire la nascita, se così si può dire, della nozione ufficiale della formula ad una sentenza della Corte costituzionale del 1976, la n. 274 resa in materia di legge fallimentare, in cui si parla del diritto vivente, *ossia il "sistema giurisprudenziale" formatosi, nel difetto di esposte disposizioni della vigente legge fallimentare, circa la disciplina dei giudizi derivanti dal fallimento, interrotti per effetto della chiusura di esso, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato.*

«In base a tale sistema, prosegue la Corte, la giurisprudenza riconosce tanto al creditore che aveva promosso il giudizio, quanto al debitore ritornato *in bonis*, ed all'assuntore o garante del concordato, la facoltà di riassumere il processo interrotto, ovvero, scaduto il termine di legge per la riassunzione, di iniziare un nuovo procedimento, sempre davanti al tribunale fallimentare. Nel primo caso continua ad applicarsi il rito speciale, nel secondo invece si ritiene che debba seguirsi il rito ordinario».

La Corte ritiene infondata la questione di incostituzionalità prospettata perché «Il sistema di diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza, corrisponde ai criteri cui si informa la disciplina della materia fallimentare, e non contrasta con principi o precetti costituzionali».

Gli studiosi di diritto costituzionale si sono soffermati soprattutto sulla formula escogitata dai giudici, ma hanno trascurato un aspetto interessante, che rende ancor più intrigante l'uso della locuzione diritto vivente, perché gli stessi giudici sottolineano che il sistema si è formato *nel difetto di esposte disposizioni della legge fallimentare*. Il che significa che l'interpretazione data colma una lacuna legislativa, si sostituisce ad un testo normativo che non c'è.

Dunque, il diritto vivente è anche diritto suppletivo? Chi nega la funzione creativa della giurisprudenza preferisce parlare di integrazione "vivente" per ripianare lacune.

### 3. Diritto vivente e Corti superiori.

Le Corti superiori si sono uniformate all'orientamento della Corte costituzionale.

Una recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, del 23 marzo 2024 n. 4, a proposito della ammissibilità della sospensione facoltativa per motivi di opportunità del processo, ex art. 295 c.p.c., precisa:

Già prima della pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 28/2014, la Corte costituzionale, con la sentenza 6 luglio 2004, n. 207, a fronte di una prospettazione del giudice *a quo* secondo cui l'art. 295 c.p.c., "pur sotto la rubrica 'sospensione necessaria' offre al giudice una vasta gamma di facoltà" e dunque contemplerebbe una sospensione facoltativa per ragioni di opportunità, ha osservato che "Tale presupposto interpretativo non trova, tuttavia, conforto nel diritto vivente, essendosi la giurisprudenza di legittimità, dopo talune oscillazioni iniziali, ormai consolidata, in sede di regolamento di competenza avverso i provvedimenti con i quali è disposta dal giudice la sospensione del processo (art. 42 c.p.c.), nel senso che non sussiste una discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice fuori dei casi tassativi di sospensione necessaria".

A sua volta la Corte dei Conti in molte pronunce, specie delle Sezioni Riunite, ha ribadito che i propri orientamenti costituiscono diritto vivente. Si legge in una sentenza 16 luglio 2014, n. 208: «Il presupposto ermeneutico da cui muove il giudice a quo è conforme all'interpretazione delle sezioni

riunite della Corte dei conti (sentenza n. 15/2011/QM), a cui si sono uniformate in modo costante le sezioni d'appello della medesima Corte. Tale interpretazione «costituisce, pertanto, "diritto vivente", del quale si deve accertare la compatibilità con i parametri costituzionali evocati».

La Corte dei Conti rinvia spesso all'orientamento del Consiglio di Stato inteso come diritto vivente:

La sentenza 24 ottobre 2014, n. 242, osserva: «perché la giurisprudenza amministrativa si è ormai fermamente attestata sulle posizioni censurate dal giudice a quo, così da assumere i caratteri di un vero e proprio diritto vivente, come dimostra una cospicua serie di decisioni del Consiglio di Stato, tutte dello stesso segno». E l'ordinanza 16 febbraio 2006, n. 64: «la questione così prospettata è manifestamente inammissibile, perché il giudice a quo, nell'adeguarsi ad un supposto e da lui non condiviso «diritto vivente», peraltro costituito da una isolata pronuncia del Consiglio di Stato (sez. V, 28 dicembre 2001, n. 6435), non ha preso in considerazione altri orientamenti della giurisprudenza di legittimità e della stessa giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2002, n. 1986; Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 248), che gli avrebbero consentito di interpretare la disciplina censurata alla luce della ratio che la sorregge, così omettendo di esplorare la possibilità di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione che egli ritiene conforme a Costituzione». Nella giurisprudenza costituzionale più recente, a partire dal 2015, il favor per l'interpretazione conforme è stato riconsiderato in chiave restrittiva.

### 4. Diritto vivente e nomofilachia.

La problematica del diritto vivente costruito dall'orientamento consolidato della Corte di Cassazione evoca la funzione nomofilattica della Corte. Sul punto si è raccolta una letteratura amplissima, che ne scandaglia l'estensione e i contenuti, operando le opportune distinzioni rispetto al sistema del precedente di matrice anglosassone, la progressiva vincolatività a cui sono astretti i giudici di merito e le singole sezioni della Corte di Cassazione rispetto alle Sezioni Unite, e ai diversi espedienti che in via processuale si sono escogitati per ricondurre nell'alveo di una interpretazione uniforme le diverse posizioni dei giudici. I riferimenti normativi si rinvengono come è noto nella disciplina dell'ordinamento giudiziario, nell'art. 384 [e 374] c.p.c. e nell'art. 99 del codice del processo amministrativo.

L'art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 primo comma recita: «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».

A questo riguardo Virgilio Andrioli (*Diritto processuale civile*, I, 1979), scriveva che il ruolo di custode del diritto, che l'art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 affida alla Corte di Cassazione, costituisce proiezione dell'art. 3 Cost., essendo l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge offesa da sentenze che imponessero ai casi uguali assetti diversi. Tutte le decisioni della Corte costituirebbero documenti in cui si esprime la nomofilachia. Viceversa, le massime estratte dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo, a meno che non riproducano il principio di diritto enunciato ex art. 384 c.p.c., "non esimono coloro che ne prendono visione dall'onere di risalire alla motivazione della sentenza, dalla quale sono state estratte": ciò perché, se l'operazione di massimazione è cosa utilissima,

essa impone però di individuare la ragione giustificatrice della pronuncia e di cogliere il nesso fra caso giudicato e norme applicate, sicché “i suoi prodotti non hanno se non valore mnemonico”.

In questi anni si è molto discusso sulla prevalenza del *ius constitutionis* sul *ius litigatoris*, si sono riproposte le tesi di Calamandrei sulla funzione della Cassazione (Donzelli, *Annotazioni sulla certezza come verità del giudicato a partire dalle tesi di Calogero e Calamandrei, Democrazia e diritti sociali*, 2019), e sulla necessità di allestire un diritto calcolabile per poter far funzionare l'ordinamento e l'intero sistema economico. (Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016). La nomofilachia è diventato un topos classico nelle relazioni annuali dei presidenti delle Corti superiori e il pendente necessario alla certezza del diritto.

L'ultimo espediente per poter riportare ad unità l'interpretazione è stata l'innovazione introdotta dalla riforma Cartabia che ha preso a modello regole analoghe vigenti in Francia: Ai sensi dell'art. 363 bis il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni:

- 1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione;
- 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative;
- 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

Diritto vivente e nomofilachia dovrebbero essere presidi sufficienti a scongiurare i contrasti di giurisprudenza, a prevenire l'incertezza dovuta alla frammentazione degli indirizzi interpretativi, a fornire al giudice i mezzi sufficienti per poter risolvere la questione a lui sottoposta tenendo conto dei principi costituzionali e delle gerarchie interpretative.

Il quadro però è meno roseo di come appare, e non soltanto per una realistica considerazione della situazione esistente nell'amministrazione della giustizia, ma soprattutto per la pluralità delle fonti che sono parse portare un autentico disordine nel sistema in cui il giudice opera tradizionalmente. (Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto, in Politica del diritto*, 2006, pp. 361-384).

Non vi è spazio in queste note per richiamare la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e neppure delle pronunce della Corte europea dei diritti umani, temi sui quali in altra sede ho potuto svolgere considerazioni che si potrebbero ascrivere ad una analisi di “realismo giuridico” di tarelliana memoria.

## 5. Libertà e responsabilità dell'interprete.

Mi sembra però utile concludere sulle premesse con due ulteriori considerazioni.

L'una riguarda le libertà dell'interprete che fa cose con parole, secondo la felice espressione di Austin, e cose con regole, secondo la felice espressione di Twining.

La libertà interpretativa del giudice è vista - e correttamente - come una garanzia di democrazia, come una delle condizioni dello stato di diritto, della Rule of Law, in cui il giudice è soggetto solo alla legge. Di qui la cautela con cui si era scritta la disciplina della responsabilità del giudice nella l. n. 117 del 1988, che non è mutata sul punto in modo significativo con la riforma recata dalla l. n. 18 del 2015.

Per orientamento consolidato (anche se non vi sono molti precedenti al riguardo) la responsabilità in materia di interpretazione è assai circoscritta. Si legge nella ordinanza più recente della Suprema Corte n. 31837 del 15/11/2023.

In tema di azione contro lo Stato per il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, le modifiche apportate dalla l. n. 18 del 2015 all'art. 2 della l. n. 117 del 1988 non hanno mutato in modo significativo la portata della norma, in relazione all'impossibilità di configurare una responsabilità civile del magistrato per l'attività di interpretazione delle norme di diritto e per quella di valutazione del fatto e delle prove, essendo i due testi, sul punto, identici, con la conseguenza che, anche a seguito della riforma, la grave violazione di legge, fonte di responsabilità, va individuata nelle ipotesi in cui la decisione appaia non essere frutto di un consapevole processo interpretativo, ma contenga affermazioni ad esso non riconducibili perché sconfinanti nel *provvedimento abnorme* o nel *diritto libero*, e pertanto caratterizzate da una negligenza inesplicabile, prima ancora che inescusabile. (Nella specie la S.C., confermando la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda risarcitoria, ha precisato che decidere una controversia in difformità dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità più recente e rifacendosi ad un orientamento precedente e meno rigoroso, non costituisce di per sé ipotesi di colpa grave, poiché la decisione, restando nel perimetro dell'attività interpretativa, forniva una interpretazione che, pur non essendo in astratto l'unica possibile, era tuttavia ragionevole).

La seconda considerazione riguarda i limiti all'interpretazione, dati dal principio secondo il quale il giudice deve giudicare iuxta alligata et probata. Il principio è enunciato nell'art. 115 del Codice di procedura civile secondo il quale: “Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”. Inoltre il giudice deve attenersi alle domande delle parti secondo quanto disposto dall'art. 112 c.p.c. e decidere su tutte le domande e *non oltre* (o fuori) i limiti di esse, in applicazione del principio della necessaria corrispondenza fra il *chiesto* ed il *pronunciato*.

Questo pone in luce il ruolo essenziale dell'avvocato: il diritto vivente, frutto della creazione dell'interprete, non è prodotto esclusivamente dal giudice, ma si origina inizialmente dalle iniziative processuali dell'avvocato, al quale si deve dunque riconoscere il merito, a pari titolo, di aver contribuito a formare il diritto. Questo è un aspetto ignorato dai più, ma non dalla categoria forense e dai suoi organi rappresentativi.

## 6. Diritto vivente e diritto civile.

Se vogliamo ora esaminare solo en passant alcuni esempi eclatanti di diritto vivente nell'ambito del diritto civile, si avrà modo di constatare che - pur con tutte le limitazioni sopra indicate - gli orizzonti della interpretazione che sconfinano nella creazione del diritto sono illimitati.

Sono innumerevoli gli esempi che si possono fare, ma quelli che possono colpire di più per la creatività dell'interprete riguardano cinque settori: gli istituti, la soggettività giuridica, i nuovi diritti, le nuove dimensioni della persona, le tecniche di valutazione.

Per quanto riguarda gli istituti, possiamo considerare l'abuso del diritto, espressamente espunto dal Progetto di codice civile (Libro delle obbligazioni), come era previsto dal Progetto italo-francese del 1927 e ricostruito negli anni Settanta del Novecento in ambito tributario, trasfuso in una leggina (10-bis della l. n. 212 del 2000 (1)), e da questa branca irradiatosi in tutto l'ordinamento.



**In materia di diritto processuale.**

In tema di responsabilità aggravata ex art. 96, comma 3, c.p.c., costituisce indice di mala fede o colpa grave - e, quindi, di abuso del diritto di impugnazione - la proposizione di un ricorso per cassazione con la coscienza dell'infondatezza della domanda o dell'eccezione, ovvero senza avere adoperato la normale diligenza per acquisire la coscienza dell'infondatezza della propria posizione, non compiendo alcuno sforzo interpretativo, deduttivo ed argomentativo per mettere in discussione, con criteri e metodo di scientificità, il diritto vivente o la giurisprudenza consolidata, sia pure solo con riferimento alla fattispecie concreta. (Nella specie, la S.C. ha condannato d'ufficio il ricorrente, ex art. 96, comma 3, c.p.c., in un caso in cui una questione di puro diritto processuale era stata prospettata come questione di giurisdizione, qualificando come violazione dei limiti esterni della giurisdizione la mera delibazione da parte del giudice amministrativo degli effetti di un accordo transattivo sul giudizio di impugnazione di un provvedimento amministrativo, effettuata "incidenter tantum" al solo fine di valutarne la pregiudizialità in relazione alla richiesta di sospensione) (Ordinanza n. 32001 del 28/10/2022).

**In materia di contratti.**

L'abuso del diritto non presuppone una violazione in senso formale, ma si realizza quando nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo esercizio, ne risulti alterata la funzione obiettiva rispetto al potere che lo prevede ovvero lo schema formale del diritto sia finalizzato ad obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore. Elementi sintomatici ne sono pertanto: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. (In attuazione dell'enunciato principio, la S.C., ordinanza n. 26541 del 30/09/2021, ha cassato la pronuncia di merito nella parte in cui, eccepito dall'assegnataria della casa familiare l'abuso del diritto per l'ordine di rilascio da parte del terzo proprietario, la Corte d'Appello non aveva considerato che l'immobile, già di proprietà del marito e destinato ad abitazione della famiglia, in coincidenza con il manifestarsi della crisi coniugale ed all'insaputa della moglie, era stato dallo stesso venduto al padre, che, a sua volta, gliene aveva ceduto la disponibilità con contratto di comodato gratuito).

Altro istituto non disciplinato dal codice civile ma ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza è la presupposizione, teoria elaborata in particolare da Windscheid e altri Pandettisti alla fine dell'Ottocento, e recuperata negli anni Settanta del Novecento dalla dottrina e poi diffusasi nella giurisprudenza.

La modifica urbanistica con la previsione di un vincolo preordinato all'esproprio, intervenuta successivamente alla stipula del contratto preliminare, abilita la parte acquirente a chiedere la risoluzione del contratto per il venir meno della causa in concreto, ovvero dell'istituto della presupposizione qualora si accerti che l'acquisto del terreno si fondava sull'attuale assetto urbanistico del bene promesso in vendita che ne consentiva una potenziale modifica da destinazione agricola ad area edificabile, considerato che successivamente alla stipula del contratto si è determinato

oggettivamente un ulteriore e imprevedibile limite alla potenziale sua edificabilità, con il rischio di una futura perdita dello stesso diritto dominicale su parte del terreno promesso in vendita (Sentenza n. 13435 del 15/05/2024).

Per non parlare della teoria del contatto sociale, elaborata in Germania negli anni Quaranta del Novecento e recuperata all'inizio del 2000 dalla Corte di Cassazione.

La responsabilità contrattuale da contatto sociale, che, alla stregua dell'art. 1173 c.c., è ascrivibile all'operato delle autorità di vigilanza per il fatto commesso dal proprio dipendente o dal proprio funzionario allorché, per la posizione di protezione rispettivamente rivestita, siano in condizione di adottare le misure preventive necessarie ad evitare la consumazione dell'illecito, postula che il danno sia derivato da una precisa regola di condotta che, quantunque avente portata generale, sia indirizzata verso quei soli soggetti che, in relazione al contesto sociale di riferimento e al contatto determinato in quel contesto, siano individuabili come portatori di uno specifico interesse meritevole di tutela. (Nella specie, la S.C. ha escluso che gli organi di controllo di un istituto di mutualità in dissesto, quali il Mise o Confcooperative, la Banca d'Italia e il Ministero per lo sviluppo economico, fossero venuti meno ad un obbligo di protezione specifica nei confronti dei titolari di libretti e certificati di deposito emessi dal medesimo istituto, in quanto gli scopi da ciascuno di essi perseguiti mirano a tutelare interessi riguardanti la generalità dei consociati e non quelli specifici dei reclamanti, tutelabili, in difetto del presupposto del contatto sociale, solo nell'ambito del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c.) (Ordinanza n. 3350 del 06/02/2024). La creatività si spinge a definire nuovi soggetti di diritto: è accaduto ad es. per il caso del risarcimento del danno al figlio nato in gravi condizioni di salute perché nel corso della gestazione erano stati somministrati alla madre farmaci dannosi, oppure perché non erano stati riscontrate le malformazioni del feto dagli esami effettuati dai medici, oppure perché - e questo è il caso più eclatante - non erano stati effettuati esami e le gravi condizioni erano apparse al momento della nascita. Mentre nei primi due casi si può riscontrare un comportamento dei medici negligente e direttamente invasivo, nel terzo la situazione è affatto diversa: per pura fatalità il nascituro è malformato e l'unica possibilità di venire in esistenza è appunto quella di nascere non sano. Anche in questo caso si è riconosciuto il risarcimento al figlio sulla base della creazione del diritto a nascere sano. Vi sono però ancora contrasti in giurisprudenza.

**Sulla soggettività giuridica.**

Particolarmente significativa questa massima:

Il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto, perché titolare di molteplici interessi personali riconosciuti dall'ordinamento sia nazionale che sovranazionale, quali il diritto alla vita, alla salute, all'onore, all'identità personale, a nascere sano, diritti, questi, rispetto ai quali l'avverarsi della "condicio iuris" della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio ai fini risarcitori. Ne consegue che la persona nata con malformazioni congenite, dovute alla colposa somministrazione di farmaci dannosi (nella specie teratogeni), alla propria madre, durante la gestazione, è legittimata a domandare il risarcimento del danno alla salute nei confronti del medico che quei farmaci prescrisse o non sconsigliò (Sez. 3, Sentenza n. 10741 dell'11/05/2009).

**In tema di responsabilità medica da nascita indesiderata.**

Il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno, neppure sotto il profilo dell'interesse ad avere un ambiente

familiare preparato ad accoglierlo, giacché l'ordinamento non conosce il "diritto a non nascere se non sano", né la vita del bambino può integrare un danno-conseguenza dell'illecito omissivo del medico (Sez. Un., Sentenza n. 25767 del 22/12/2015).

È molto interessante un passo della pronuncia della Suprema Corte (n. 10741 del 2009) in cui si discetta di soggettività del nascituro, che tuttavia è quasi un trattatello sulla interpretazione.

È indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini storiche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel code napoleon la più evidente manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla c.d. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa; tale pluralità di fonti (civilistiche) ha determinato i due suddetti fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione, intendendosi la prima come il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti, e la seconda nell'attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto esplicitamente previsto, tra l'altro, nello stesso testo costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2 e 32).

In tale assetto ordinamentale rapporto della giurisprudenza, in specie di legittimità nell'espletamento della funzione di "nomofilachia" (vale a dire di indirizzo ai imi di un'uniforme interpretazione delle norme) della Corte di Cassazione, assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di civil law e, quindi, non basato su soli principi generati come avviene nei paesi di common law (Inghilterra, Stati Uniti ed altri), caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto perché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generati, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi.

In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della Interessenjurisprudenz (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla Begriffsjurisprudenz o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato

adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata.

La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua vis expansiva sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal Rule of law (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice. Pertanto, proprio in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona, si addivene a ritenere il nascituro soggetto giuridico. Tale tesi trova conforto in numerose disposizioni di legge, oltre che in precedenti giurisprudenziali di questa Corte e della Corte Costituzionale. Ed, infatti, l'art. 1 della legge n. 40/2004, nell'indicare le finalità della procreazione medicalmente assistita statuisce la tutela dei diritti "di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito" (tra l'altro, la Corte costituzionale ha dichiarato con sentenza n. 45/2005 inammissibile la richiesta di sottoporre a referendum abrogativo della intera legge perché "costituzionalmente necessaria" in relazione agli interessi tutelati, anche a livello internazionale, con particolare riferimento alla Convenzione di Oviedo del 4-4-1997); l'art. 1 della legge n. 194/1978 prevede testualmente che "lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio"; l'art. 254, 1 comma, c.c. prevede che il riconoscimento del figlio naturale può effettuarsi non solo a favore di chi è già nato ma anche dopo il solo concepimento; la legge n. 405/1975, nel disciplinare l'istituzione dei consultori familiari, afferma esplicitamente l'esigenza di protezione della salute del "prodotto del concepimento"; l'art. 32 Cost. (che oltre a prevedere come fondamentale il diritto alla salute e che ha costituito norma primaria di riferimento per l'interprete in relazione all'evoluzione dei diritti della persona), riferendosi all'individuo quale destinatario della relativa tutela, contempla implicitamente la protezione del nascituro; "il diritto alla vita", quale spettante ad "ogni individuo", è esplicitamente previsto non solo dall'art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 (approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10-11-1948) ma anche dall'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7-12-2000 (poi inglobata nella Costituzione europea), alla quale il recente Trattato di Lisbona (con il quale in data 13-12-2007 i capi dei governi europei hanno deciso di dotare l'Unione europea di nuovo assetto istituzionale) ha riconosciuto l'efficacia, negli ordinamenti degli Stati-membri, propria dei Trattati dell'Unione europea; la Corte Costituzionale con la sentenza n. 35/1997 attribuisce al concepito il diritto alla vita, dando atto che il principio della tutela della vita umana è stato oggetto anche di un riconoscimento nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo (approvata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York e nel cui preambolo è previsto che "il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita").

Deve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1, 1° comma, c.p.c.), con conseguente non assoluta coincidenza,

da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia “perfetta” sul piano patrimoniale)

Espressione della creatività del giudice sono i nuovi diritti della personalità, dal diritto alla privacy al diritto alla identità personale, e persino le nuove dimensioni della persona, in cui il gender sostituisce il sesso, come accade quando si consente di modificare i dati anagrafici anche senza richiedere preventivamente l'intervento chirurgico necessario per il cambiamento del sesso.

In una elaborata e colta sentenza della Cassazione (n.15138 del 2015) si è applicato il principio in base al quale:

*L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psicofisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dall'avvicinamento del soma alla psiche. L'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale.*

Ancora, sono sempre frutto di creatività le tabelle elaborate dai tribunali per la valutazione del danno biologico, posto che il codice civile nulla dice a proposito dei criteri da utilizzare nelle controversie riguardanti il risarcimento del danno alla persona, se non facendo rinvio ad una valutazione equitativa.

#### Note.

(1) Ordinanza n. 20673 del 25/07/2024n tema di benefici fiscali “prima casa”, il mandato a vendere un immobile ad uso abitativo ex art. 1719 c.c. ed il successivo acquisto, da parte del mandante, di un secondo alloggio abitativo con l'applicazione delle suddette agevolazioni fiscali integra abuso del diritto ai sensi dell'art. 10-bis della l. n. 212 del 2000, atteso il carattere meramente strumentale, provvisorio e fiduciario del trasferimento del cespite dal mandante al mandatario, in funzione di mera esecuzione del mandato traslativo stesso, non sussistendo il requisito della non possidenza di altro fabbricato idoneo ad abitazione.

## Sulla sanzione pecuniaria in condominio: 30 anni dopo.

**Massimo A. Chiocca**

*Avvocato, Foro di Genova*

**Sommario:** 1. *L'art. 70 disp. att. c.c. ieri e oggi.* - 2. *I precedenti e la giurisprudenza.* - 3. *2012: il (nuovo) condominio quale “soggetto di diritto”.* - 4. *Il condominio: “soggettività” e “personalità” giuridica.* - 5. *Il condominio: autonomia giuridica e “capacità di agire”.* - 6. *La sanzione pecuniaria come “pena privata”.* - 7. *La sanzione pecuniaria: struttura e funzioni.* - 8. *Profili applicativi.* - 9. *Conclusioni.*

### 1. L'art. 70 disp. att. c.c. ieri e oggi.

L'art. 70 disp. att. cod. civ. prevede[va] che, per le infrazioni al regolamento di condominio, potesse stabilirsi, a titolo di sanzione, il pagamento di una somma sino a lire cento (pari ad € 0,0052). Somma da devolversi al fondo per le spese ordinarie. Esiste un riferimento storico.

Il R.D.L. n. 56 del 1934 all'art. 27, III e IV comma, disponeva che “i regolamenti di condominio possono stabilire, per le infrazioni alle norme circa l'uso delle cose comuni e gli atti che turbano la tranquillità dei condomini, una sanzione pecuniaria non superiore a lire 50”.

Oggi l'art. 70 d.a.c.c. prevede:

- che la somma, applicabile al trasgressore, a titolo di sanzione, possa giungere “sino ad € 200”;
- che, in caso di recidiva, la sanzione possa arrivare “sino ad € 800”;
- che la irrogazione della sanzione sia di competenza dell'assemblea dei condomini;
- che la delibera - che irroghi la sanzione - sia adottata con le maggioranze di cui al II comma dell'art. 1136 c.c.

### 2. I precedenti e la giurisprudenza.

La disposizione in oggetto, dal 1942, ha dato spunto a varie controversie, le cui soluzioni giurisprudenziali, sovente non sincrone tra loro, attingono ai principi generali del nostro ordinamento. Vediamole.

**A.** Cass., n. 820/2014 [sulla natura della sanzione quale “pena privata”, in quanto “conseguenza afflittiva di natura patrimoniale” diretta al condomino che contravvenga le disposizioni del regolamento condominiale, e sulla tassatività delle sanzioni che la legge consente ai privati di creare e porre in essere];

**B.** Cass., n. 10329/2008 [sulla inderogabilità, da parte del regolamento condominiale, del quantum della sanzione pecuniaria];

**C.** Cass., n. 14735/2006 [sulla applicabilità della sanzione solo in presenza di una sua espressa previsione nel contesto del regolamento condominiale];

**D.** Trib. Napoli, 11.6.2005, in Immobili & Proprietà (“IP”) 2005, 525 [sulla fonte regolamentare della sanzione, e non già “negoziale”, non essendo attinente alla disciplina dell'uso delle cose comuni e, quindi, sulla sua introduzione nel regolamento del condominio con il quorum di cui all'art. 1136, II comma, c.c.];

**E.** Trib. Napoli, 5.1.2001, in Rassegna delle Locazioni e del Condominio (“RLC”), 2001, 148 [sull'eccesso di potere dell'assemblea che abbia deciso limitazioni all'uso di determinate cose comuni; limitazioni non previste dal regolamento contrattuale; e sull'applicazione di una sanzione pecuniaria, in caso di violazione, eccedente il limite di cui all'art. 70 d.a.c.c.];



F. Corte Cost., n. 388/1997 [sulla discrezionalità, riservata al legislatore, di determinare l'entità della sanzione in oggetto];  
 G. Pret. Salerno, 31.5.1996, in PLURIS [sulla inderogabilità della norma di cui all'art. 70 d.a.c.c. e sulla nullità della delibera assembleare che stabilisca una sanzione in misura superiore a lire cento];

H. Conc. Napoli, 11.4.1996, in Archivio delle Locazioni e del Condominio ("ALC"), 1996, 679 [sulla ritenuta incostituzionalità dell'art. 70, rappresentando il limite della sanzione, divenuta nel tempo "irrisoria", un ostacolo all'esercizio della libertà ed autonomia negoziale "in funzione dell'ordinato godimento dei beni comuni condominiali"];

I. Cass., n. 10837/1995 [sulla "natura eccezionale" della disposizione, contemplando essa una "pena privata", applicabile solo a carico del "condomino" e non anche del "conduttore", in quanto soggetto "estraneo all'organizzazione condominiale"];

L. Cass., n. 948/1995 [sulla inderogabilità della sanzione, prevista dalla legge e sulla nullità della disposizione regolamentare che prevedesse importi superiori a cento lire];

M. Cass., n. 8804/1993 [sulla attribuzione all'amministratore condominiale di "poteri coercitivi o disciplinari" verso i condomini, ma solo se previsti dal regolamento di condominio, in caso di "infrazioni alle norme ivi stabilite"];

N. Cass., n. 3600/1991 [sul diritto di azione del condominio verso un "conduttore" per l'uso da questi fatto delle cose comuni - di cui ha la detenzione qualificata che gli deriva dal locatore - non conforme ai principi di cui all'art. 1102 c.c. o al regolamento condominiale];

O. Pret. Verona, 12.2.1990, in Rivista Giuridica dell'Edilizia ("RGE"), 1990, 351 [sulla nullità della delibera assembleare applicativa della sanzione pecuniaria senza essere prevista nel regolamento, perché "lesiva dei diritti di uso e godimento del singolo" sulla cosa comune condominiale];

P. Pret. Milano, 13.3.1986, in Giustizia Civile ("GC"), 1987, 2138 [sulla sanzione pecuniaria, o "multa", la cui applicazione è da richiedere dall'amministratore condominiale al giudice, quale "forma di risarcimento del danno derivante dall'inadempimento di obblighi contrattualmente assunti, forfettariamente quantificata in via preventiva, riconducibile come tale all'istituto della clausola penale", applicabile anche al "comodatario", trovandosi questi "in posizione di ingerenza nell'organizzazione condominiale"];

Q. Conc. Caserta, 12.6.1985 (est. Torella), in "ALC", 1985, 578 [sulla derogabilità dell'art. 70, da parte del regolamento condominiale, sì da essere la sanzione pecuniaria, richiesta dall'amministratore tramite decreto ingiuntivo, applicabile anche nei confronti del "conduttore", ed anche oltre le 100 lire];

R. Conc. Caserta, 12.6.1985 (est. De Falco), in "ALC", 1985, 578 [sulla derogabilità dell'art. 70 da parte del regolamento condominiale, non essendo stata espressamente prevista, la sua inderogabilità, dall'art. 72 d.a.c.c.];

S. Cass., n. 637/1984, in "ALC", 1985, 269 [sul divieto di destinare le proprietà esclusive a determinati usi e sul diritto del condominio di agire (anche) verso il conduttore, utilizzatore, per far cessare la destinazione abusiva dell'immobile e l'osservanza delle limitazioni all'uso, "in quanto il conduttore non si trova, rispetto al condominio, in una posizione giuridica diversa da quella del condomino, suo locatore", tuttavia "alla condizione che sia provata l'operatività della clausola limitativa", ossia "la opponibilità della stessa clausola al condomino locatore"];

T. Trib. Roma, 24.2.1983, in Temi Romana ("TR"), 1983, 367 [sulla "clausola penale", prevista dal regolamento condominiale, per il ritardo nel pagamento degli oneri condominiali, e sulla sua reductio ad aequitatem da parte del giudice];

U. Pret. Roma, 13.2.1979, in "RGE", 1980, 135 [sulla riducibilità giudiziale di una "clausola penale", ove manifestamente eccessiva];

V. Cass., n. 132/1976 [sulla riconducibilità della sanzione in oggetto ad una "penale" "per le ipotesi di inadempimento alle norme condominiali", e sulla annullabilità, e non già nullità, della delibera assembleare irrogante la sanzione, che deve essere prevista dal regolamento, essendo attinente, tale delibera, alla gestione delle cose comuni];

Z. Pret. Milano, 13.3.1976, in "GC", 1987, 2138 [sul termine di impugnazione ex art. 1137 c.c. di una delibera condominiale volta alla disciplina di parti dell'edificio in condominio];

J. App. Roma, 5.6.1959, in "RGE", 1960, 302 [sulla violazione di un "facere", imposto ai condomini dal regolamento, "implicante una mancanza di carattere disciplinare, perseguibile, quando sia prevista, con la sanzione pecuniaria ex art. 70"];

K. Cass., n. 705/1947, in Il Foro Italiano ("FI"), 1948, I, 418 [sul diritto-dovere dell'amministratore di agire per inibire l'uso di un appartamento in contrasto con il regolamento del condominio].

### 3. 2012: il (nuovo) condominio quale "soggetto di diritto".

Nel 1992 in Archivio delle Locazione e del Condominio ("ALC") (supplemento al n. 4 - ottobre / dicembre), in una operetta giovanile, l'autore, che sarei io, aveva abbracciato la tesi:

(i) che la sanzione in oggetto fosse riconducibile all'istituto della clausola penale;

(ii) che la sanzione rappresentasse, infatti, una forma di risarcimento del danno, quantificato *ex lege*, derivante dall'inadempimento di obblighi contrattualmente assunti dai condomini; obblighi "di non scarsa importanza" (tanto da essere appositamente sanzionati) e riguardanti la gestione, in senso lato, di beni o cose in condominio;

(iii) che il danno, quindi, potesse in concreto anche mancare, essendo la sanzione sganciata da ogni elemento compensativo di un pregiudizio materialmente rilevante;

(iv) che, comunque, il profitto del condominio, derivante dalla attuazione della sanzione pecuniaria, trovasse la sua "giusta causa" in un comportamento vietato dal regolamento condominiale.

Tuttavia, di regola, "al mutato corpus normativo corrispondono mutazioni nell'autore" (come ci ricorda Franco Cordero, nella "Prefazione" alla I/a edizione della Procedura Penale, 1991). La qualificazione del regolamento condominiale, dal punto di vista strutturale, come «contratto plurilaterale» (così definito da Cass., 21.5.2008, n. 12850), con una pluralità di parti ed uno scopo comune e, pertanto, e conseguentemente, la qualificazione dei rapporti tra i condomini come «rapporti contrattuali», in quanto disciplinati dal regolamento, alla luce della riforma del condominio del 2012 abbisogna di una rivisitazione: che diparta *in primis* dall'abbandono della tesi negazionista che il «condominio negli edifici» non sia una "organizzazione collettiva", per quanto dotata di una sua "specifica fisionomia giuridica" che la distingua da altre "formazioni sociali" (cfr., Trib. Varese, 16 giugno 2011, n. 1273, in *Condominioweb*) (1).

Una rivisitazione che giunga, quindi, a ravvisare anche nel «condominio» un «soggetto di diritto», dotato di una propria «soggettività giuridica», distinta, come tale, da quella dei singoli condomini. Un soggetto senza «personalità giuridica», tuttavia; ma pur sempre in grado di essere «titolare di autonomi rapporti di diritto».

Un "fenomeno di aggregazione di interessi a cui la legge ha attribuito la capacità di porsi come autonomi centri di imputazione

di rapporti giuridici” (cfr., Cass., n. 10732/2023, così a proposito degli “studi associati”); proprio come, d’altronde, le associazioni non riconosciute, i comitati, le società personali (2). Una vera e propria «collettività organizzata» - che sta in giudizio in persona di chi ne abbia la legale rappresentanza - anche se non più «ente di gestione» (3) (se mai il condominio lo sia mai stato).

**4. Il condominio: “soggettività” e “personalità” giuridica.** Oggi la “legge 220” fornisce diversi spunti circa il riconoscimento di una “soggettività giuridica” propria del condominio, (tendenzialmente) simile a quella degli “enti collettivi sforniti di personalità giuridica”.

In tali enti, a differenza degli enti con personalità giuridica, l’autonomia patrimoniale non è “perfetta”: così da esservi confusione, più o meno accentuata, tra i patrimoni e le responsabilità sia dell’ente che dei soggetti che lo hanno istituito (4).

La formula giurisprudenziale - “ente di gestione” - rischiava invece di far annegare il “condominio” nel concetto generico di “persona giuridica”, una tipica finzione legale; uno status creato dal diritto, mediante cui l’azione di un uomo diviene azione imputabile ad un ente (5).

Si pensi pertanto oggi:

a) alla installazione di opere e di interventi per la produzione di energia mediante fonti rinnovabili “da parte del condominio” (art. 1120, II comma, n° 2) o “al servizio di singole unità del condominio” (art. 1122-bis, II comma);

b) alla intestazione “al condominio” di un “conto corrente”, ove far transitare le somme ricevute dai condomini o da terzi, nonché quelle erogate “per conto del condominio” (art. 1129, VII comma);

c) alla riconsegna da parte dell’amministratore - terminato il proprio incarico - di “tutta la documentazione afferente il condominio” (art. 1129, VII comma);

d) alla separazione - che vi deve essere - tra il “patrimonio del condominio” dal patrimonio personale dell’amministratore, ovvero di altri condomini, prevista come specifico obbligo dell’amministratore condominiale in modo da evitare, nella gestione, ogni possibile “confusione patrimoniale” (art. 1129, XII comma, n. 4);

e) alla riscossione, tramite azione giudiziale, da parte dell’amministratore, “delle somme dovute al condominio (...)” (art. 1129, XII comma, n. 6);

f) alla redazione del “rendiconto condominiale”, che deve contenere ogni dato utile circa la “situazione patrimoniale del condominio” (art. 1130-bis);

g) alla costituzione di un fondo speciale condominiale, per assicurare il pagamento degli oneri da lavori di manutenzione straordinaria o innovazioni (art. 1135, n. 4);

h) alla indicazione - in tema di trascrizione - dell’eventuale denominazione, ubicazione e “codice fiscale del condominio” (art. 2659, I comma).

Nessuna delle suddette disposizioni attribuisce espressamente lo status di persona giuridica al condominio. Abbiamo però visto come di «persona giuridica» si possa esattamente parlare dove l’ente sia connotato dalla «personalità giuridica», che è un ulteriore requisito, artificiale, sempre, generato dalla legge. Tali disposizioni presuppongono, peraltro, una soggettività che il lessico del 1942 - essendo incentrato sui termini di “fabbricato” ed “edificio” (e, quindi, più sulla «cosa unitaria» che non sul «soggetto unitario») non poteva certo esprimere. Per quanto - ci ricorda Francesco FERRARA (6) - non vi potrebbero essere ostacoli a che l’ordinamento giuridico attribuisca aspetti di soggettività giuridica “a qualunque figura

dell’intelletto ed entità ideale”, giungendo tranquillamente ad ipostatizzare una sostanza (“una cifra, una data, degli animali, delle piante, la divinità”).

**5. Il condominio: autonomia giuridica e “capacità di agire”.**

Il legislatore del 2012 ha configurato il condominio quale “collettività di soggetti”, uniti dalla contitolarità di beni e di servizi destinati ad uno scopo; quindi, in questo senso, quale «collettività organizzata» con lo scopo del diretto più completo soddisfacimento di bisogni ed interessi primari nella co-abitazione.

Ma già la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 896 del 1984, aveva definito il condominio - un po’ in allora tra lo sconcerto generale - come «azienda di erogazione» (lo rammenta Cass., Sezioni Unite, 18.9.14, n. 19663).

Soprattutto ha identificato chiaramente nel condominio un centro di imputazione di rapporti giuridici: dove diritti e doveri sono attribuiti ad un ente giuridico (“il condominio”), dotato di un proprio patrimonio, autonomo e distinto dal patrimonio dei singoli condomini; quest’ultimo aggredibile sì per le obbligazioni dell’ente-condominiale, ma entro i limiti delle quote di proprietà di ciascuno (così: Cass., n. 9048/2008) (tuttavia, il conto corrente condominiale non fruisce di alcuna immunità rispetto ad un eventuale pignoramento ad opera di un terzo creditore del condominio: cfr., *amplius*, Trib. Milano, 21.11.2017). E dove assemblea ed amministratore sono organi, muniti di poteri decisionali, tra loro complementari, in funzione del conseguimento dello scopo di cui si è detto; e, in termini più generali, in grado di rendere il condominio «capace di agire»; una capacità giuridica, dunque, intesa quale concreta possibilità di esercitare tutte le facoltà inerenti una determinata situazione soggettiva, tutelata dal diritto ed azionabile ex art. 24 Cost.

L’art. 1139 c.c. il quale, non intaccato dalla riforma, rinvia alle norme in tema di comunione, deve ora leggersi, pertanto, come disposizione la cui ragion d’essere non è più la similitudine di istituti (la comunione quale *genus* ed il condominio quale *species*); ma è la residualità di una disciplina normativa, se ed in quanto applicabile, e solo in presenza di lacune altrimenti non colmabili.

**6. La sanzione pecuniaria come “pena privata”.**

Oggi il potere di irrogare la sanzione pecuniaria in oggetto - sino a 200€ e sino a 800€ in caso di recidiva - demandata dalla legge alla competenza dell’assemblea dei condomini - appare così potere dotato di nuova linfa e si inserisce a pieno titolo tra gli esempi di quella soggettività giuridica di cui si è detto.

Intanto, una sanzione non più irrisoria: se si tiene conto che le “lire 100” del 1942 sarebbero corrispondenti agli odierni 100 € circa.

La norma - ove posta dal regolamento condominiale - persegue una finalità deterrente: non solo mira ad evitare che il regolamento venga violato, ma anche il ripetersi - “in caso di recidiva” - di azioni vietate.

È vero che se i condomini non la richiamassero espressamente nel regolamento, la sanzione non potrebbe trovare applicazione (7). Così come se la legge non l’avesse prefigurata in astratto, il regolamento condominiale non la potrebbe creare *ex nihilo*.

La sanzione, difatti, è una “pena privata” che la legge - deviando dalla regola generale che vuole che sia l’autorità giudiziaria deputata alla tutela dei diritti ex art. 2907 c.c. - mette eccezionalmente a disposizione dell’autonomia privata, intesa quale potestà di autoregolamento dei propri interessi.

Occorre pertanto un accordo mediante il quale i condomini conferiscano al «gruppo» il diritto di applicare, in certi specifici casi, la sanzione in oggetto (per il tramite, oggi, dell'assemblea condominiale, che può irrogarla direttamente al trasgressore mediante apposita deliberazione).

Rinvviare all'autonomia delle parti la disciplina dei rapporti interni condominiali, significa richiamarsi *tout court* alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici ed il regolamento condominiale è esattamente la «legge interna» del condominio (G. Branca, p. 660, in *Comunione - Condominio negli edifici*, 1982), ossia di un «gruppo di soggetti» ora atomisticamente considerato dalla legge in funzione di esigenze primarie (tendenzialmente eguali) di tutti.

Anche il condominio, dunque, appare oggi una «formazione sociale» operante nella società civile al pari di altre organizzazioni di mezzi e di persone ed ogni altro «fenomeno ordinamentale». Appare, cioè - azzardiamo - come un «gruppo sociale intermedio», diceva il Rescigno, tra il singolo e la legge (in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato, passim*, 1966). E non è certo casuale, allora, che anche al condominio, in caso di violazione del termine ragionevole del processo, sia stata riconosciuta la legittimazione ad agire per l'equa riparazione, quale «autonomo soggetto giuridico», ci dice la Cassazione n° 19663 già citata (il cui «principio di diritto» così suona: «*nel caso di giudizio intentato dal condominio e del quale, pur trattandosi di diritti connessi alla partecipazione di singoli condomini al condominio, costoro non siano stati parti, spetta esclusivamente al Condominio, in persona del suo amministratore, a ciò autorizzato da delibera assembleare, far valere il diritto alla equa riparazione per la durata irragionevole di detto giudizio*»).

Ora, il tema delle sanzioni negli enti collettivi, a presidio in genere di interessi privati, è già stato terreno di un serrato confronto tra «contrattualisti» ed «istituzionisti»: per i primi le regole interne dell'ente darebbero vita a diritti o/e obblighi reciproci e, quindi, a relazioni contrattuali su base paritaria, attenuanti per ciò stesso il «principio di maggioranza», intravisto come fonte di possibili soprafazioni in pregiudizio delle minoranze (ma «a monte» vi è l'idea, di più ampio respiro teorico, che il fondamento delle norme giuridiche risieda in «procedure legali di produzione»). Per i secondi, l'ordinamento dell'ente darebbe vita, piuttosto, ad un *diritto oggettivo*; per cui i rapporti tra il gruppo ed il singolo sarebbero improntati proprio alla disparità di posizioni sostanziali: una predominante l'altra, dove i diritti sono condizionati dalle norme della «istituzione» (norme riconosciute ed accettate con l'ingresso del singolo nel gruppo dal partecipante). D'altra parte, anche là dove si volesse parlare di «accordo tra pari», un conflitto o comunque una divergenza di interessi, sarebbe sempre ravvisabile.

Il diritto, dunque, come frutto di una «effettività storica» (8). Nelle radici di ogni ordinamento giuridico v'è la necessità di regolare i rapporti intersoggettivi secondo una tensione umana - naturale - a darsi regole e norme. La sanzione, come istituto giuridico, costituisce la manifestazione più evidente della supremazia che il gruppo (o istituzione), attraverso determinati organi, ha nei confronti dei propri appartenenti. Il sintomo più evidente del «carattere imperativo» degli ordinamenti giuridici privati.

## 7. La sanzione pecuniaria: struttura e funzioni.

La sanzione pecuniaria, come emanazione di una potestà a tutela della «legalità in condominio», non sfugge ai canoni normativi suddetti; massime ora che di «soggettività giuridica» si può discorrere, e non più sommamente.

Trattasi, come detto, di una pena privata, azionabile nei limiti stabiliti dalla legge. Una forma di tutela dei propri interessi operata direttamente dallo stesso soggetto interessato (9). Ma è soprattutto, sotto il profilo sostanziale, una conseguenza afflittiva di natura patrimoniale ad un fatto ritenuto come «illecito» (in senso lato), in una dato contesto condominiale. Saranno per lo più violazioni dolose, connesse ad obblighi consistenti in un «non-facere»: atti lesivi di prescrizioni igieniche - oggi però «*le norme del regolamento non possono vietare di possedere o detenere animali domestici*»: art. 1138 c.c., o al decoro condominiale; abusi della cosa comune; opere presunte come dannose per la sicurezza del fabbricato. Ma potrebbe anche essere un «facere»: in tal caso, sarà necessaria - riteniamo - la costituzione in mora dell'autore del fatto (art. 1218 c.c.).

La sanzione, dunque, colpisce il patrimonio del trasgressore, a seguito della violazione di particolari regole di condotta, ritenute significative per l'equilibrato uso di beni condominiali ovvero il corretto funzionamento di servizi condominiali e che quindi i condomini hanno interesse a (pre)stabilire nel singolo caso.

Rappresenta un rafforzamento all'osservanza del regolamento condominiale, in vista del miglior esercizio dei diritti nell'ambito del condominio.

Persegue un fine di prevenzione - di coazione psicologica - e mira altresì a riaffermare la «legalità» nell'ambito della comunità condominiale. In questo senso si tratta di un «mezzo disciplinare» (U. Guidi, *Il condominio nel nuovo codice civile*, 1942, p. 242).

Non occorre che vi sia un pregiudizio patrimoniale derivante dalla violazione regolamentare.

Mentre il sistema della responsabilità civile è fondato sul ripristino dell'equilibrio della sfera giuridica perturbata da un fatto (ritenuto) «illecito», la sanzione (in questo caso pecuniaria) mira a riparare una lesione «ordinamentale» (generale o particolare che sia).

Per questa ragione (contrariamente a Cass., n. 10837/1995 già citata) riteniamo che la sanzione in oggetto possa venir applicata anche al conduttore ed al comodatario o al titolare di diritti reali di godimento (usufrutto, uso, abitazione). Costoro - per il tramite invero del proprietario-condomino - divengono gli effettivi utilizzatori e fruitori dei beni e dei servizi condominiali. Non avranno «ingerenza nell'organizzazione condominiale», come scrive la Suprema Corte suddetta, ma abitano nell'edificio in condominio; coabitano con gli altri condomini, di cui ne hanno accettato e ne subiscono le regole e la «disciplina» (e, non a caso, legittimato a far cessare l'uso pregiudizievole della cosa comune ad opera del conduttore, è stato ritenuto il condominio, così Cass., n. 637/1984 già citata).

Il terzo conduttore dovrà essere informato di ciò. Per cui il regolamento condominiale dovrà essere chiaramente richiamato, quanto meno, nell'atto di attribuzione del diritto di uso e/o di godimento sull'unità immobiliare in condominio. D'altra parte, se il fatto illecito è commesso dal terzo, per quanto il proprietario «possieda» la cosa comune a mezzo del terzo, non potrebbe essere il proprietario a subire la sanzione, la quale, in quanto pena (privata), è (pur sempre) impregnata, ontologicamente, dal principio della *responsabilità personale*.

## 8. Profili applicativi.

(a) Il regolamento che preveda la sanzione è quello approvato con la maggioranza di cui all'art. 1138, III comma, c.c.: ossia con la maggioranza degli intervenuti e la metà del valore dell'edificio (ed è la stessa maggioranza che deve reggere la delibera assembleare che decida sulla sanzione).



Non è necessario che il regolamento sia di natura contrattuale, vale a dire che risulti approvato dalla totalità dei condomini. Tale modalità è necessaria laddove si voglia limitare i diritti soggettivi dei singoli sulla cosa comune o sulla proprietà esclusiva e, quindi, per stabilire norme regolamentari restrittive, ma non per stabilire una sanzione che sia conseguente ad una violazione della norma stessa.

(b) *Gli obblighi e i divieti non potranno essere generici.*

Pertanto, se già esistesse il precetto regolamentare, la sanzione potrebbe essere prevista in una delibera condominiale, integrante con il regolamento, e dovrà riferirsi a quei divieti e a quegli obblighi in termini precisi, tipizzando chiaramente le fattispecie, a garanzia del diritto di impugnativa da parte del soggetto nei cui confronti la sanzione fosse irrogata.

(c) Il regolamento - abbiamo detto - è espressione di autonomia (di cui è corollario l'accordo con il quale i condomini conferiscano al gruppo il diritto di applicare la sanzione in oggetto).

Che l'art. 70 sia, in apparenza, una *norma dispositiva* lo si potrebbe ricavare dal successivo art. 72: quest'ultimo stabilisce espressamente quali siano le norme inderogabili: gli artt. 63, 66, 67 e 69 disp. att.

Ma se lo fosse veramente, le somme a titolo di sanzione ora previste (come lo era la somma di 100 lire) non costituirebbero un invalicabile "limite massimo".

(d) Parimenti la lettera della legge sembra aver posto un fine ad una serie di diatribe sull'*organo competente* ad applicare la sanzione - oggi l'assemblea (10).

Anche un ente autonomo, nel darsi le proprie regole, deve rispettare i limiti posti a tutela dei diritti dei singoli e, nel condominio, i limiti non derogabili da disposizioni regolamentari nemmeno all'unanimità. Pensiamo alla rinuncia sulle parti comuni o alla rinuncia alla nomina dell'amministratore, ove obbligatorio.

- Ad esempio, il *quantum* della sanzione.

Perché in quanto pena, anche se privata, può esistere solo nella misura prevista dalla legge, potendo peraltro essere modulata secondo il tipo e la gravità delle violazioni.

- Ad esempio, l'ordine delle competenze.

Perché l'attribuzione di una potestà ad un organo diverso da quello stabilito dalla legge porterebbe a snaturare la funzione "istituzionale" dell'organo (se il legislatore ha ritenuto che l'organo competente a sanzionare il soggetto trasgressore sia l'assemblea dei condomini, è perché ha inteso affidare, nel contraddittorio proprio del contesto assembleare, l'applicazione della sanzione e, quindi, correlativamente, mediante il diritto all'impugnazione, ha inteso consentire il vaglio dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria sulla legittimità della potestà sanzionatoria, come esercitata nel caso concreto dai condomini riuniti in assemblea).

(e) Quanto all'attività di "accertamento" delle violazioni alle norme regolamentari, il regolamento potrebbe demandarla (oltre che all'amministratore anche) ad un sistema di guardianaggio, a terzi "vigilatori", privi però di poteri coercitivi. Tale attività dovrebbe confluire, in caso di accertata e comprovata violazione, nella contestazione del fatto al trasgressore, ad opera dell'amministratore condominiale (amministratore il quale non ha certo perso, a seguito della riforma, il potere-dovere di curare "l'osservanza del regolamento" e di disciplinare nel miglior modo l'uso della cosa comune: art. 1130 c.c.), salva la competenza (funzionale ossia esclusiva) dell'assemblea nell'applicazione della sanzione pecuniaria.

(f) Alla formazione della delibera assembleare non concorrerà il voto dell'interessato (ossia il soggetto "trasgressore"); ma

egli potrà intervenire alla riunione dei condomini, per far valere le proprie ragioni e giustificazioni od opporre un eventuale ravvedimento.

(g) La delibera dovrà essere motivata.

Pertanto, dovrà essere esattamente specificata quale violazione al regolamento sarebbe stata accertata.

(h) La delibera, come detto, potrà essere oggetto di gravame davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

Il trasgressore potrebbe ritenere la sanzione ingiusta, per non avere commesso la violazione addebitatagli.

Di regola la delibera condominiale sarà annullabile e come tale assoggettata al termine di impugnazione previsto dall'art. 1137 c.c.

L'invalidità della sanzione non va ad intaccare la validità del precetto regolamentare violato.

Non è però vero il contrario.

Se non è una penale, la sanzione - nei limiti previsti dalla legge - non potrà essere ritenuta "eccessiva" dal giudice, in relazione ad una data fattispecie, il quale potrà (si) annullare la delibera, ma non interferire "nel merito" rispetto a quanto deciso dall'assemblea condominiale.

Infatti, è di competenza esclusiva di quest'ultima - nei limiti della legge - tutelare il diritto condominiale leso dal trasgressore. Non esiste una procedura esecutiva *ad hoc* per riscuotere la sanzione.

Dovrebbe però essere sufficiente porre la somma nel conto spese personale del trasgressore. A quel punto, per la riscossione della somma dovuta l'amministratore potrà, con ricorso, ottenere un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo.

Ottenuta la somma, essa confluisce nel fondo spese ordinarie.

## 9. Conclusioni.

La pena privata involge la responsabilità personale, derivante dalla violazione di specifiche fattispecie, incluse nel regolamento condominiale; ma è il condominio ad applicarla, in quanto titolare di un potere di autotutela, attraverso la sanzione pecuniaria di cui trattasi (svincolata da ogni aspetto risarcitorio; per cui: dalla prova del danno alla prova della violazione). L'accordo tra i condomini, a struttura associativa, che la prevedesse è dimostrazione di una soggettività giuridica, che oggi dobbiamo riconoscere al condominio: dalla capacità alla soggettività, dunque; dalla mera idoneità della imputazione di un fatto alla organizzazione legittima, diretta a produrre quel fatto. Un aspetto - questo riuscito - della riforma del 2012.

## Note.

(1) Dubita che il condominio sia annoverabile tra le "formazioni sociali volontarie", G. Alpa, in *Status e capacità*, p. 144, perché il condominio "non offre coordinamento di vita, valori ed attività"; né vi è "il perseguimento di uno scopo comune". Ma l'opera è del 1993.

(2) Non così però il "trust", che è un patrimonio destinato ad un fine prestabilito, formalmente intestato al trustee: "*unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi, quale rappresentante, gestore e disponente del diritto del trust*": Cass., 20.2.15, n. 3456; e v. anche Cass., 5.3.18, n. 5133, secondo cui "*Patto istitutivo di un trust non dà vita a un nuovo soggetto giuridico, ma comporta un effetto di segregazione patrimoniale*". Quanto allo "studio professionale", esso, come detto, ha una sua legittimazione attiva, perché ai sensi dell'art. 36 c.c., "*l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute (a cui uno studio professionale è da assimilare) sono regolati dagli accordi tra gli associati, che ben possono attribuire all'associazione la legittimazione a stipulare contratti e ad acquisire la titolarità di rapporti poi delegati ai singoli aderenti e da essi personalmente curati*". Quindi, lo studio professionale si pone "*come autonomo centro*

d'imputazione di rapporti giuridici rispetto ai crediti per le prestazioni svolte dai singoli professionisti a favore del cliente conferente l'incarico, in quanto il fenomeno associativo tra professionisti può non essere univocamente finalizzato alla divisione delle spese ed alla gestione congiunta dei proventi" (Cass., n. 15694/2011; Cass., n. 4268/2016; Cass., n. 15417/2016).

(3) Cfr., Cass., n. 9148/2008: *"la titolarità dei diritti sulle cose, gli impianti e i servizi comuni, fa capo ai singoli condòmini; agli stessi condòmini sono ascritte le obbligazioni per le cose, gli impianti ed i servizi comuni e la relativa responsabilità; le obbligazioni contratte nel cosiddetto "interesse del condominio" non si contraggono in favore di un ente, bensì nell'interesse dei singoli partecipanti"*.

(4) Come - estrapolando - nella successione pura e semplice, dove delle obbligazioni del *de cuius* risponde l'erede, *ultra vires*, anche con il proprio personale patrimonio. La "eredità" è, d'altronde, una *universitas*: *"una unità che comprende ogni relazione giuridica, che già faceva capo alla persona defunta", "indipendente dai singoli elementi che la compongono"* (De Ruggiero-Maroi, Istituzioni di diritto privato, I, p. 376).

(5) Cfr. J.-L. Bergel, *Methodologie juridique*: *"(...) le droit voit ainsi une personne dans un être imaginaire et immatériel et l'identifie par un concept plus o moins arbitrairement conçu, sans lequel la poursuite des intérêts collectifs ne saurait être individualisée et le patrimoine social continuerait à appartenir aux associés"*, p. 78. Per una concezione più tradizionale, e ristretta, così detta antropomorfa, di *"persona giuridica"*, quale *"soggetto unitario"* dotato di *"personalità giuridica"* - strumento tecnico-legale che determina

una *"completa separazione di volontà e mezzi"* - e che persegue uno scopo che ecceda le possibilità individuali, cfr. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, p. 39 e ss.

Gli albori dell'ente con personalità giuridica si hanno con le *"compagnie coloniali"*, olandesi, inglesi, francesi. La società per azioni nasce da un patto: tra gruppi imprenditoriali aristocratici ed il sovrano (l'aristocrazia era classe dominante): *"gli uni si dichiarano disposti ad intraprendere colossali iniziative economiche, quali la colonizzazione delle terre d'oltre mare (...), a condizione che fosse concesso dal sovrano un privilegio: l'immunità dall'antico principio della responsabilità illimitata del socio"* (F. Galgano, *Diritto commerciale*, II, p. 192).

(6) Le persone giuridiche, Torino, Utet, 1958, p. 33.

(7) Cfr. P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, 1976, p. 305 e ss.

(8) Sulla contrapposizione in discorso, cfr., N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, 2002, p. 382 e ss.

(9) Così, v. E. Betti, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume IV, voce *"Autotutela"*, p. 529.

(10) Ad esempio, per il Nobile ed il Ferranti, ante riforma, solo l'amministratore, e non l'assemblea, avrebbe potuto irrogare la sanzione in oggetto; e contro il provvedimento dell'amministratore sarebbe stato poi ammissibile il ricorso all'assemblea, in quanto *"garanzia di carattere amministrativo"* contro un possibile arbitrario esercizio di una posizione autoritativa; per il Branca, poi, l'amministratore non avrebbe avuto necessita di speciali autorizzazioni assembleari, esplicando funzioni *"istituzionali"* proprie.

## Recensioni

*L'eredità di Max Weber. Cultura, diritto, realtà.*

REALINO MARRA

Il Mulino, Bologna, 2022 pp. 564, € 30,40

Le radici culturali del pensiero weberiano affondano nel diritto romano e nel diritto medievale. Sotto la guida di Goldschmidt e Mommsen, Weber via via estende la sua analisi alle forme societarie dell'attività commerciale (a Pisa e Firenze), alle prassi del commercio, alla giurisprudenza dei tribunali delle grandi città marinare, come la Rota di Genova. Weber era un finissimo giurista, e lo si comprende bene dalle pagine con cui espone, nella seconda parte di *Economia e società*, il rapporto tra economia, ordinamenti giuridici e forze sociali: il diritto si forma sulle prassi, sulle ragioni dell'economia, ma ha anche una vita propria, forgiata dai concetti e dalle regole, legislative e consuetudinarie. Nella seconda metà dell'Ottocento nella Germania prebismarkiana si era formato un crogiuolo di idee pulsanti, ad opera di Savigny e della Scuola storica, dei Pandettisti, degli studiosi delle comunità, come Gierke, e, nei decenni successivi, grazie alla reazione al formalismo da parte dei fautori del diritto libero, insofferenti ai dogmi e alle regole esegetiche delle norme. Weber - osserva Marra - ne assorbe il metodo e i contenuti: i suoi valori «sono quelli della giurisprudenza dei concetti: la legalità formale, il ruolo subordinato del giudice rispetto alle statuizioni del legislatore (...) l'edificazione di un sistema giuridico e senza lacune» (p. 145).

Proprio Realino Marra aveva ricostruito anni fa l'ambiente culturale, politico e accademico in cui Weber si era formato, ne aveva seguito l'itinerario non solo economico e politico ma anche sociologico, e aveva indagato, come Norberto Bobbio e Bruno Leoni, anche gli aspetti meno noti del suo pensiero, come i rapporti con il formalismo giuridico e le teorie di Hans Kelsen. Ne era emerso un Weber meno convenzionale e molto più interessante di come usualmente viene rappre-

sentato, circoscrivendo la sua ricca produzione letteraria all'opera più nota, L'etica protestante e lo spirito del capitalismo. Studiando gli scritti giuridici di Weber si comprende perché il diritto, esaminato con la lente dello storico, non poteva esaurire l'orizzonte di questo prodigioso pensatore, il cui sguardo si dilata fino ad investigare le origini del capitalismo, l'organizzazione del potere, i fenomeni migratori e la nascita delle città, e quindi lo Stato moderno, i grandi sistemi religiosi, la burocrazia, le professioni, la divisione del lavoro. Weber supera gli schemi formali, e, come spiega Marra, cerca di cogliere una visuale più ampia e più profonda dei fenomeni sociali. In altri termini, fonda la sociologia del diritto, che guarda ai fenomeni sociali come creati da pratiche regolative che si basano su mentalità, valori culturali, esigenze economiche, fatti di vita concreta. Di qui il grande influsso che questo pensiero ebbe non solo in Germania ma in tutto il mondo occidentale, specie negli Stati Uniti, dove Max Rheinstein, con le sue traduzioni in lingua inglese, ne aveva favorito la diffusione.

Ad un secolo dalla sua scomparsa, qual è il lascito culturale di Max Weber? Il percorso del libro di Marra costruisce la sociologia storica della scienza giuridica, i rapporti del pensiero weberiano con il positivismo giuridico, la validità ideale delle norme e la validità empirica, i fondamenti legittimi del potere, la realtà del diritto e i fatti di cultura, l'agire sociale, il ruolo delle credenze e delle religioni nella genesi dei diritti. Certo, il suo razionalismo metodologico, l'eurocentrismo dei suoi modelli, la fiducia solida nella identificazione del diritto con la legge, che ne costituiscono i postulati, oggi sono oggetto di ripensamento e di revisione critica. Il positivismo giuridico e il materialismo borghese possono apparire i caratteri deboli della sua sociologia, ma, per certi aspetti, il suo pensiero raggiunge vertici insuperabili.

Guido Alpa



## *Il diritto civile in prospettiva storico-comparatistica.*

recensione a:

*Lezioni di diritto privato comparato.*

*Introduzione alla comparazione giuridica e ai sistemi giuridici.*

*Istituti del diritto privato*

ANDREA FUSARO

Bozzi, Genova, 2024, pp. 1-332

**Sommario:** 1. *La nascita del testo.* - 2. *La comparazione e i suoi metodi.* - 3. *I Sistemi di Civil Law.* - 4. *I Sistemi di Common Law.*

### 1. La nascita del testo.

La letteratura italiana di supporto alla didattica di diritto privato comparato si arricchisce di un testo appena edito (1), che si segnala per la struttura originale, modellata sull'esperienza didattica, dove sono raccolte le lezioni dei corsi di Sistemi Giuridici Comparati e poi di Diritto Privato Comparato svolte a partire dall'anno 1998 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova (2).

Il libro è il frutto dell'elaborazione di una raccolta di dispense, consolidatasi attraverso il paziente compendiare e 'ricucire assieme' gli appunti relativi alle lezioni via via svolte negli anni, come traspare dalla lettura delle sue pagine, in cui il consueto tratto stilistico dell'Autore cede il passo a una prosa più lineare, ma non meno rigorosa, che evoca il 'tono' e la freschezza espositiva delle lezioni frontali, vissute nelle aule dell'Università.

Un consimile testo è rivolto tipicamente agli studenti di Giurisprudenza, ma la compiutezza degli argomenti e l'analisi dei contenuti non esclude una platea più ampia, inclusiva di chiunque intenda accostarsi alla comparazione giuridica in ambito privatistico, la quale deve necessariamente concorrere alla formazione del giurista contemporaneo (3). Nell'introdurre la materia, si avverte come la comparazione consista in un'operazione intellettuale delicata e complessa, ricca di ostacoli e di possibili fraintendimenti, a partire da quello frapposto dal linguaggio, essendo il diritto una costruzione di concetti, sintesi di discipline normative, che proprio mediante il linguaggio stesso vengono delineati (p. 14).

### 2. La comparazione e i suoi metodi.

2.1. Nella Prima Parte sono introdotti i temi classici della comparazione giuridica: oltre ai problemi di lingua e di traduzione appena evocati (capitolo I), vengono presentati gli sforzi di ordinare e classificare i vari sistemi giuridici mediante raggruppamenti in 'famiglie' o 'tradizioni', come operati dai grandi comparatisti del Novecento (4) e le relative questioni connesse: le difformità e uniformità del diritto, l'apertura e la (effettiva) chiusura degli ordinamenti, segnatamente in seguito al processo di "imprigionamento" del diritto nei codici (5), la circolazione dei modelli a livello legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, e anche tra livelli diversi (circolazione 'verticale').

2.2. Sempre nella Prima Parte il secondo capitolo si apre ponendo il problema dei *metodi* della comparazione (6). Viene anzitutto delineata la distinzione tra macro-comparazione e micro-comparazione. È sottolineata l'importanza di studiare non già le singole regole isolate, ma l'integrazione di queste nel loro sistema. I confini delle due prospettive appaiono fluidi, perché a ben vedere una forma di comparazione non può fare a meno dell'altra. Le regole del diritto privato sono infatti pienamente comprensibili estendendo lo sguardo al

quadro complessivo in cui si collocano, che abbraccia il sistema giudiziario in cui le regole stesse vengono applicate (giudice professionale o giuria, organizzazione delle professioni legali e forma dei compensi) e la mentalità, non solo quella del giurista, ma anche quella culturale (aggiudicazione *vs* mediazione) che circonda l'applicazione delle norme, con la conseguente necessità di analizzare i fenomeni giuridici da una prospettiva più ampia, senza trascurare i preziosi apporti della sociologia del diritto e dell'antropologia giuridica, con un costante invito al discente ad ampliare l'angolo della sua prospettiva d'analisi (p. 103).

Per restare nell'ambito della riflessione sul metodo si insiste, in particolare, sulla necessità di esaminare i problemi giuridici riformulandone i termini, cioè liberandosi dalle strettoie dogmatiche inerenti al proprio apparato concettuale, che costituisce il filtro attraverso cui il giurista interno è aduso a interpretare la realtà e di cui, nella comparazione, deve spogliarsi. Bisogna piuttosto abbracciare il principio di funzionalità (più che ricercare "etichette" il comparatista deve scorgere in che modo l'ordinamento risponda alla soluzione di un bisogno, di un interesse o problema pratico). La comparazione può compiersi solo mediante la tecnica dell'analisi operativa secondo l'approccio fattuale (*factual approach*), in cui le categorie vengono ricondotte a mezzi linguistici: codici espressivi convenzionali, a cui i fenomeni giuridici non sono riducibili (p. 45).

La necessità dell'approccio fattuale emerge in modo paradigmatico nell'esame dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, la cui regolazione negli ordinamenti europei continentali è assegnata ad appositi istituti di diritto positivo, in grazia dei quali la spartizione della ricchezza opera in modo automatico (*régimes matrimoniaux*: art. 1387 ss. nel *code civile*; *Eheliche Güterstände*: § 1353 ss. nel BGB), mentre nel diritto inglese si possono cogliere convergenze operative solo ruotando lo sguardo alla prospettiva rimediaria, ad esso propria, e segnatamente ai provvedimenti che il giudice può adottare in materia di composizione della crisi familiare (*family provisions*) scorgendo formidabili sintonie funzionali, celate dietro alle diversificazioni tecniche.

2.3. Particolare spazio viene riservato all'esposizione della teorica dei formanti, espressi e inespressi (crittotipi), ideata dal Padre Nobile italiano del diritto comparato, con cui l'Autore del testo in rassegna ha per lungo tempo intrattenuto un fecondo rapporto personale (7).

### 3. I Sistemi di Civil Law.

3.1. codificazioni civilistiche, francese e tedesca, che precedono (e costituiscono lo sfondo di) quell'ultimo prodotto positivo che è il codice civile italiano del 1942, permettendo così di coglierne in profondità i presupposti storici, assiologici, culturali. Il razionale sistema delle codificazioni, e il coerente edificio concettuale cui esse si ricollegano, ha invero una collocazione recente nella millenaria tradizione giuridica occidentale.

Ampio spazio della Parte II è riservato all'esame puntuale delle disposizioni del *Code Napoléon* nella sua versione originaria del 1804 (8), a cui il lettore è invitato a volgere lo sguardo quale pietra di paragone e stampo originario in cui si modella gran parte delle regole ancora presenti nel codice civile italiano vigente, che qui possono individuarsi nella loro forma primigenia (p. 107).

Tra le codificazioni entrate in vigore in Europa tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, il *Code Napoléon* occupa del resto il primo posto per importanza intellettuale e per capacità di ricezione, ed è a ben vedere il principale depositario dei fondamenti del codice civile italiano.

L'analisi ampia, diffusa, e dettagliata delle disposizioni del *Code* è perciò giustificata, e pare richiamare al lettore un monito a cui non può sottrarsi: è oltremodo vitale acquisire consapevolezza dell'origine e della continuità degli schemi giuridici codificati, ormai tramutati in veri 'schemi mentali' consolidati e riflessi, che delineano l'impalcatura di pensiero che il giurista interno, formatosi sul codice civile vigente, ha interiorizzato, essendo abituato solo a presupporli, e che deve saper riconoscere "alla radice" individuando sequele e scostamenti.

3.2. La Sezione I si apre sottolineando come il *Code civil* rispecchi le rivendicazioni e gli interessi del "terzo stato", la borghesia emergente, facendo propria la mentalità e i bisogni di questa, ampiamente incentrato su una prospettiva patrimoniale dei rapporti inter-privati: i valori preponderanti sono infatti quelli dell'autonomia privata e della proprietà. Quest'ultima è sancita da disposizioni dal sapore "rivendicativo" quale diritto a cui tutti i cittadini, eguali di fronte alla legge, possono accedere non già per successione dinastica, bensì per autodeterminazione, essendo liberi di acquistare (art. 1594) e di vendere (art. 1598), p.108.

Ci si sofferma sulla 'confezione' delle regole giuridiche, che si attestano a un livello mediano tra generalità e concretezza, in cui la struttura si basa sulla selezione di elementi rilevanti, fornendo un prototipo di modello normativo ampiamente emulato. Si passa poi all'aspetto stilistico e linguistico, evidenziando la chiarezza ed eleganza delle disposizioni del *code* (elementi spesso lodati, che hanno contribuito a determinare la sua popolarità), ancorché a volte la semplicità tradisca l'inevitabile carenza di precisione (molti concetti quali ad esempio *cause, faute, possession* non vengono definiti ma sono dati per presupposti), p. 110.

Della struttura in tre libri si evidenzia come l'accorpamento nel Libro terzo "*Des différents manières dont on acquiert la propriété*" di materie assai eterogenee da un lato confermi la chiara impostazione proprietaria e patrimoniale dei rapporti, dall'altro sia risultata molto insoddisfacente, cosicché il testo originario ha dovuto subire incisive modifiche nel corso del tempo, per adattarsi all'evoluzione della società, dell'economia, delle realtà famigliari, oltre all'aggiunta di un quarto libro dedicato alle garanzie (*des sûretés*) ad opera dell' *Ordonnance* 2006-346 (capitolo 3).

3.3. Nel capitolo 4 vengono passate in rassegna le regole del Libro I *Des personnes*, evidenziando come il *code civil* fu il frutto dello slancio rivoluzionario, ma a una più attenta considerazione si trovano alla sua base anche innumerevoli aspetti conservatori. In particolare nella disciplina del matrimonio si rinviene l'idea di una famiglia forte e patriarcale, in cui risaltano i limiti all'autonomia contrattuale della moglie (p. 116) (9).

Questo tratto ricorre anche nelle norme sulla filiazione e sul divorzio. Se per un verso l'istituto del divorzio *par consentement mutuel*, già contemplato dal *droit intermédiaire*, fu mantenuto, quanto al divorzio per *faute* il *code* non esitò a stabilire un diverso trattamento a seconda che l'adulterio fosse consumato dalla moglie (sempre giusta causa di divorzio) ovvero dal marito (giusta causa solo in caso di concubinato), p. 117 (10). Anche a proposito di esercizio della patria potestà (*puissance paternelle*), il *code* risolse il conflitto tra l'interesse dell'individuo all'autodeterminazione e l'interesse al mantenimento della struttura patriarcale della famiglia a favore di quest'ultimo. In particolare, permase la potestà esclusiva del padre di amministrare i beni del figlio minore, con significativi limiti per la madre, anche qualora fosse divenuta vedova.

Ancora, se per un verso venne sancita la centralità del consenso per la valida celebrazione delle nozze (art. 146), per altro verso

vennero mantenute significative limitazioni alla capacità di contrarre matrimonio dei maggiorenni, prevedendo che entro certe soglie d'età (11) il *consentement* dei nubendi dovesse essere integrato da quello dei genitori (p. 114).

Un'impostazione in cui il marito, quale capo famiglia, ha un ruolo preponderante si ritroverà anche nel Libro III ove al solo marito viene attribuito il diritto di amministrare il patrimonio, e con apposita norma (art. 1388) è impedito ai coniugi di porre deroghe ai diritti risultanti dalla potestà maritale su moglie e figli.

3.4. Nel capitolo 5 trova spazio l'illustrazione delle regole del Libro II *Des biens, et des différents modifications de la propriété*, regole riepilogative di un rinnovamento di cui il *code civil* intese farsi latore, con l'archiviazione dei limiti agli atti dispositivi tipici dell'*Ancien Régime*. Paradigma di questa impostazione è individuato nell'art. 544 del *code* che, con valenza più ideologica che precettiva, sancisce il carattere pieno e assoluto del diritto di proprietà (p. 124).

Sono poi ripercorse le disposizioni sui modi di acquisto della proprietà a titolo originario, quelle relative ai diritti personali di godimento (servitù, usufrutto, uso e abitazione), rispetto a cui il lettore è sollecitato a ravvisare la radice di norme del tutto simili a quelle ancora esistenti nell'ordinamento italiano vigente. Inoltre, si rileva come le regole in materia dei rapporti di vicinato e di distanze tra le costruzioni costituiscano da un lato una forma embrionale di pianificazione urbanistica, dall'altro siano il segno del recepimento di istituti di matrice romanistica, provenienti dal *droit écrit* (p. 124) (12).

3.5. Nel capitolo 6 vengono illustrate le regole che governano la successione legittima (art. 921 s.s.) rispetto alle quali, oltre all'esame della formulazione originaria, vengono presentati anche i più recenti interventi normativi (13) recanti la possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione tramite atto notarile, a vantaggio di soggetti determinati (artt. 929 e 930).

A proposito dell'art. 563 c.c. (azione di restituzione), viene sottolineato il carattere prettamente francese dell'istituto, poi trasfuso nel codice civile italiano, che segna una rilevante distanza dall'ordinamento tedesco in cui la legittima (*Pflichtteil-srechte*) si atteggia invece quale diritto di credito, perciò insuscettibile di travolgere i diritti degli aventi causa del donatario. Si passa poi alla successione testamentaria, soffermandosi sul formalismo richiesto per il testamento pubblico, e segnalando per questo ambito la peculiarità francese della presenza di due notai, poi generalizzata in epoca più recente.

Viene sottolineata la pregnanza del radicale divieto delle sostituzioni (art. 896: *Les substitutions sont prohibées*) quale norma espressiva dell'antagonismo all'*Ancien Régime*, ove i fedecomessi costituivano lo strumento tipicamente utilizzato per evitare la dispersione di beni famigliari. Si illustra poi come, per una sorta di nemesi storica, la riforma del diritto delle successioni del 2006 abbia radicalmente modificato tale disciplina.

In materia successoria l'influenza dell'altra anima del *code*, ossia il *droit coutumier*, viene segnalata nella considerazione, quali eredi, dei soli legittimi, con la distinzione (art. 1002) singolare per il giurista interno tra 'legato generale' e 'legato particolare' (concezione figlia della proprietà 'collettiva' tipica del diritto germanico, e quindi franco), p. 135.

3.6. Ampio spazio viene dedicato alla disciplina generale del contratto e delle obbligazioni, segnalando come, nella sua formulazione originaria, questa parte del *code* ricevette grandiosa diffusione. Vengono ripercorse le classificazioni del contratto che il nostro ordinamento ha conservato in ambito dottrinale (commutativo, aleatorio, *de bienfaisance*), invitando a cogliere come, nell'impianto del *code*, la nozione di contratto

appaia scostata sulla considerazione dell'obbligazione: l'oggetto e la causa vengono riferiti a quest'ultima e non al contratto, appunto. Viene scorta la matrice dell'attuale art. 1372 c.c. nel previgente art. 1134 del *code civil* che con espressione vivida, impregnata di giusnaturalismo laico, sancisce la "forza di legge tra le parti", nonché il principio di relatività degli effetti contrattuali (p. 139).

A proposito di contratti, non manca la segnalazione delle principali novità introdotte con la riforma operata dalla *Ordonnance* 2016-131, in particolare in punto di effetti del contratto nei confronti dei terzi, della soppressione della causa, e dell'introduzione di un'apposita disciplina della rappresentanza (sottolineando, al riguardo, come la versione originaria del *code* recasse una sovrapposizione concettuale tra mandato e procura, non distinti in termini nitidi, p. 179).

3.7. Nell'illustrazione della disciplina delle prove, si dà risalto a quel dato di antropologia giuridica che Rodolfo Sacco (14) identificava nella cultura scritta (contrapposta a quella orale, tipica del Common law) che segna il carattere poziore della *'preuve littérale'* rispetto a tutte le altre, cosicché nel codice napoleonico figurano, in progressione decrescente per importanza, la prova documentale, quella testimoniale, la presunzione, la confessione e infine il giuramento (p. 156).

Tra le norme positive del *code*, viene poi mostrata l'eco di quella categoria romanistica - pressoché dimenticata dalla nostra civilistica, ma che ancora può giovare allo studioso - dei *quasi-contratti*, ricomprendente i fatti umani volontari da cui, pur in assenza di una convenzione, sorge un'obbligazione nei confronti di un terzo, che fu oggetto di una specifica disposizione (l'art. 1371, oggi rifluito con modifiche nel 'nuovo' art. 1300). In essa, si può scorgere la forma originaria della disciplina italiana sulla gestione di affari altrui, nonché la radice delle attuali regole sulla ripetizione dell'indebito, soggettivo e oggettivo (art. 1376 e 1377 c.c.).

In questa parte relativa agli "*engagements qui se forment sans convention*" trova spazio anche l'esposizione delle regole sulla responsabilità aquiliana (compendiate negli artt. 1382-1386, oggi rifluiti nei nuovi artt. 1240-1244).

Segue l'esposizione del regime patrimoniale della famiglia, segnalando la peculiarità, tutta francese, di frazionare la disciplina del matrimonio assegnando al Libro I quella relativa alla sua formazione e al regime primario, e al Libro III quella del regime patrimoniale, confermando l'impronta marcatamente individualistica e proprietaria che informa tutto il *code*, e che non risparmia nemmeno l'ambito familiare. In coerenza alla logica contrattuale, è sottolineata l'impossibilità di modificare il contenuto delle convenzioni matrimoniali successivamente alle nozze, scongiurando il rischio di incidere sull'ordine della successione legittima di coniuge e figli (art. 1389), e radicando così il tradizionale divieto dei patti successori (p. 166).

3.8. Ampio spazio viene riservato all'esame della disciplina della compravendita. Viene illustrato, quale tratto caratterizzante il diritto francese, il principio consensualistico (art. 1383) - principio estraneo alla tradizione romanistica, poi trasmigrato nella regola italiana ex art. 1376 c.c. - rispetto a cui è sottolineata l'influenza della scuola giusnaturalistica (15). Tale influenza viene scorta anche nella previsione che assimila la promessa di vendita alla vendita definitiva ("*la promesse de vente vaut vente*" art. 1589). Dietro a essa, il lettore sensibile al pensiero giusfilosofico può cogliere la forza del precetto 'naturale' *pacta sunt servanda* e, in pari tempo, la prefigurazione del moderno contratto preliminare (p. 174). A proposito di ipoteche e del divieto di patto commissorio,

viene osservato come il correttivo del patto marciano (assente nel codice civile italiano vigente) fosse già contemplato nel codice napoleonico da un'apposita disposizione (art. 2078). La sua più recente ripresa giurisprudenziale e il suo assorbimento nella legislazione speciale italiana testimoniano come i modelli possano restare latenti nella memoria storica dei giuristi, ed essere importati anche in un tempo successivo (p. 181).

3.9. Viene infine presentata la disciplina del possesso, della prescrizione acquisitiva (usucapione) ed estintiva. Nella regola per cui *en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279) viene scovato l'antesignano della corrispondente regola italiana scolpita dall'art. 1153 c.c., segnalando tuttavia la mancanza nel *code* di una definizione di possesso che stabilisca con chiarezza i presupposti applicativi di tale regola (se sia necessaria la buona fede, in quale momento sia necessaria, etc.).

L'analisi del *code civil* è portata a compimento con la rassegna dei principali interventi normativi che lo hanno coinvolto, pur non modificandone l'impianto originario. In particolare, si segnala il folto numero di riforme del Libro I, soprattutto in tema di famiglia e filiazione, adottate durante gli anni sessanta e ottanta del secolo scorso.

Si dà conto delle riforme in materia di liberalità tra vivi e successioni (Loi n. 2001-1135 del 3 dicembre 2001, Loi n. 2006-728 del 23 giugno 2006), dell'introduzione del nuovo libro IV sulle garanzie reali e personali (*Ordonnance* n. 2006-346 del 23 marzo 2006); dell'introduzione della disciplina della *Fiducie* (Loi n. 2007-211 del 19 febbraio 2007) nonché dell'incisiva riforma *du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* operata dalla *Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016.

3.10. La successiva Sezione II della Parte II del testo è dedicata alla presentazione del BGB.

Il codice tedesco costituisce l'altro punto di riferimento imprescindibile per il giurista italiano, attesa l'influenza notevole della dogmatica tedesca spiegata sulla dottrina italiana, segnatamente nel periodo compreso tra gli anni '20 e gli anni '40 del secolo XX.

Illustrato il retroterra culturale di cui il codice tedesco costituisce l'ultimo frutto (la Scuola Pandettistica), si sottolinea come dal codice tedesco quello italiano abbia recepito alcune categorie (per esempio, in materia di atti invalidi la scansione tra *Nichtigkeit* e *Anfechtbarkeit*) e come la civilistica italiana faccia sempre largamente capo alla dogmatica tedesca, a partire dalla dottrina del *negozio giuridico*, che costituisce un concetto tutt'oggi ordinariamente impiegato (16), ancorché non recepito dal legislatore italiano. Come noto, quest'ultimo intese attestarsi su un livello di minor astrazione, apprestando una disciplina generale del contratto, pur estendendo (art. 1324 c.c.) l'applicazione delle relative regole anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, in quanto compatibili (p. 188).

Quanto alla recezione del BGB in Italia, viene pertanto individuato un classico esempio di circolazione di un modello per via dottrinale.

3.11. Dopo la descrizione della struttura in cinque libri, più ordinata e razionale rispetto a quella del codice francese, viene offerta l'esposizione dei suoi principali tratti caratterizzanti.

Il Libro I (*Allgemeiner Teil*) compendia, con un linguaggio tecnico ben distante da quello del *code*, tutti i concetti che accomunano i diversi rapporti giuridici, che nelle altre parti del BGB vengono ripresi sempre con lo stesso, identico, significato.

Ci si sofferma sulla Sezione I del BGB recante le nozioni di persona fisica e persona giuridica (distinzione assente nel *code*) e poi sulla Sezione III dedicata al *Rechtsgeschäft*, ove viene sot-



tolineata l'intonazione volontaristica del negozio giuridico. A margine della dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*) si trova la disciplina dei vizi (errore, violenza e dolo) ma anche degli *accidentalia* (condizione, termine), della rappresentanza e della procura, qui riferite al negozio, e ben distinte dal contratto di mandato (§ 662). A questo sarà infatti dedicata una distinta regolamentazione nell'apposita *saedes* dedicata ai singoli rapporti obbligatori e ai contratti tipici (Libro II, Sezione VIII), separando ciò che, come si è già avuto modo di osservare, nel *code civil* si trovava intrecciato e agglutinato (p. 191).

Del pari, si evidenzia come anche il contratto di donazione, la cui disciplina nel codice civile italiano (sulla scorta del *code civil*) è collocata subito dopo quella successoria, nel BGB trova una più logica e coerente collocazione nella Sezione VIII dedicata ai contratti tipici (§ 516 ss).

Vengono proposte alcune norme particolarmente note, tra tutte il § 242 "*Treu und Glauben*", clausola generale attorno a cui è fiorita una cospicua elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

3.12. Si passa poi all'esame del Libro II dedicato al diritto delle obbligazioni, in cui vengono trattati i diritti di credito quale ne sia la fonte (contratto, fatto illecito e altre figure). Con riferimento ai contratti con effetti reali, non può mancare la fondamentale illustrazione dell'*Abstraktionsprinzip*, che riprende la distinzione romana tra *titulus* e *modus adquirendi*. Il contratto ha solo effetti obbligatori, mentre l'effetto reale si produce non già in grazia del consenso, bensì mediante un ulteriore e distinto atto giuridico (astratto appunto poiché indipendente dalla causa), consistente per i mobili nella *datio*, e per gli immobili nell'iscrizione (costitutiva) nei libri fondiari, secondo il sistema tavolare proprio del sistema germanico.

In relazione al Libro II, si dà conto della significativa riforma del 2002 avente ad oggetto la *Schuldrechtsmodernisierung* che, anche sulla scorta di alcune direttive comunitarie, ha apportato sostanziali modifiche al diritto delle obbligazioni. Da un lato sono stati creati nuovi istituti giuridici, dall'altro lato vi è stato un adeguamento del codice previgente alla mutata realtà economica moderna, anche sulla scorta del § 242 BGB che disciplina il principio di buona fede.

Ci si sofferma, poi, sulla presupposizione (*Geschäftsgrundlage*) introdotta al § 313 BGB, quale classico istituto del diritto positivo tedesco largamente recepito dalla dottrina civilistica e dalla giurisprudenza italiane (p. 195).

3.13. A proposito dei fatti illeciti, si sottolinea come a differenza della scelta operata nella codificazione francese, il BGB abbia adottato un sistema caratterizzato da una tipicità serrata (§ 823 e ss.), con ipotesi nominate di beni giuridici, e come nell'impostazione originaria la colpa rappresentasse il criterio di imputazione tendenzialmente esclusivo (*verschuldendogma*), con il conseguente proliferare di leggi speciali contenenti ipotesi di responsabilità oggettiva (p. 196).

Viene poi illustrato il Libro III intitolato *Sachenrecht*, che ospita la disciplina del possesso, della proprietà e degli altri diritti reali.

Si sottolinea, in particolare, la presenza dei *Reallasten* (oneri reali) che nel BGB figurano quale categoria generale, mentre nel codice civile italiano (come in quello francese) si trovano soltanto specifiche regole (in materia di usufrutto, servitù prediali, superficie) riconducibili ad essa. Cionondimeno si dimostra come, anche qui, la nostra cultura giuridica si sia da tempo impadronita di tale categoria a livello dottrinale (198).

3.14. Riguardo al Libro IV dedicato al diritto di famiglia viene presentato il regime legale della *Zugewinnngemeinschaft*, scorrendo la mimesi di alcune sue regole nel regime italiano della

comunione *de residuo* (art. 177 lett. b) e c), ed art. 178 c.c.).

Nel Libro V dedicato al diritto delle successioni si sottolinea la peculiarità del testamento congiuntivo (Sez. III) vietato dal nostro ordinamento in linea con l'impostazione francese, viene esposta la disciplina del contratto successorio *Erbvertrag* (Sezione IV), ed è altresì presentata la disciplina del certificato successorio (*Erbschein*) quale modello a cui si è ispirato il legislatore europeo per l'adozione del certificato successorio europeo (Reg. UE 4 luglio 2012 n. 650).

3.15. Il richiamo alle norme puntuali, e il sistematico confronto tra la struttura, il lessico, e i concetti giuridici offerti dal BGB e quelli usati nell'ordinamento italiano (positivo e giurisprudenziale) consente, con particolare efficacia, di evidenziare i trapianti di categorie e istituti, in questo caso penetrati a livello soprattutto dottrinale.

A proposito dell'influenza dei codici, viene sottolineato come quella del BGB, nonostante i riconoscimenti stranieri dei suoi pregi, rimase limitata soprattutto alla dogmatica e alla teoria del diritto (*Allegemeine Rechtslehre*) ma non vi fu mai una vera e propria recezione nelle forme che ebbe il *code civil*. Del resto, bisogna osservare che al momento della sua entrata in vigore all'inizio del XX secolo le nazioni più sviluppate avevano già adottato i propri codici di diritto privato (p. 202).

#### 4. I Sistemi di Common Law.

4.1. La Parte III del libro, suddivisa in due capitoli, è dedicata all'illustrazione dell'origine e dei tratti salienti di quella fondamentale forma dell'esperienza giuridica che costituisce il "diverso" a noi più vicino, e che governa oggi "l'altra metà" del consorzio umano: il *common law*.

Il Capitolo 1 è dedicato al diritto inglese, mentre il Capitolo 2 si incarica di fornire una panoramica sul diritto degli Stati Uniti d'America.

Il testo dedica attenzione significativa all'origine e all'evoluzione storica del sistema giuridico inglese, con un bilanciato equilibrio tra sintesi e approfondimento, grazie anche alle note a piè di pagina.

Viene descritto il processo di accentramento dell'attività giurisdizionale nelle tre corti di Westminster enunciate dalla *Curia Regis* di Re Guglielmo il Conquistatore, evidenziando anzitutto come la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato - distinzione nitida nella *forma mentis* del giurista continentale e che affonda le proprie radici nel diritto romano (17) - appaia invece sfumata, e tenda piuttosto all'indistinzione nel processo formativo del *common law*, che fu piuttosto il prodotto di un'opera di organizzazione amministrativa (p. 208).

Viene illustrato il sistema dei *writs* e come questi, nel garantire a tutti i sudditi l'accesso alla giurisdizione regia, la ampliarono gradualmente a discapito di quella locale dei feudatari. Si sottolinea, in particolare, come la formazione del *common law* nacque proprio attraverso la moltiplicazione dei *writs*, concepiti come uno *stock* di azioni, di talché il *common lawyer* è ancor oggi abituato a concepire il diritto in termini di tutela di fatti concreti, piuttosto che come *scientia* ordinante di concetti e categorie, ricomposti in un sistema razionale.

In quest'ottica, particolare risalto è riservato alla prospettiva secondo cui "*remedies precede rights*", tratto caratterizzante un ordinamento che assume le forme di un diritto giurisprudenziale rispetto a cui, quanto al processo formativo, sono evidenziate le similarità col diritto romano classico.

Riguardo alle previsioni dello *Statute of Westminster* (1285) che pur impedendo la proliferazione di nuovi *writs* rispetto a quelli sino ad allora concessi, consentì alle Corti Regie di non lasciare prive di rimedio le situazioni aventi forti analogie

coi *writ*s esistenti, mediante la concessione di *writ*s in *consimili casu*, vengono mostrate dinamiche del tutto coincidenti a quelle verificatesi secoli prima nel diritto romano, allorché il Pretore concesse le *actiones ad exemplum* per accordare tutela a situazioni simili - ma non corrispondenti - a quelle che l'arcaico e rigido sistema del *ius civile* tutelava mediante le *legis actiones* (18) (p. 211). Il lettore è così invitato ad affinare la propensione alla comparazione giuridica non soltanto sincronica, ma anche diacronica.

Con l'analisi delle *forms of action* si evidenzia poi come la tutela delle posizioni contrattuali abbia trovato origine nella tutela extracontrattuale, attraverso il *writ of trespass*, e come le procedure rimediali abbiano plasmato il diritto sostanziale. La derivazione rimediale del *contract* dal *tort* è la descrizione di un itinerario storico, e dal rilievo che la tutela dell'inadempimento contrattuale *at law* fosse esclusivamente risarcitoria, si passa all'illustrazione dell'altra costola del sistema legale britannico, ossia l'*Equity*, dove invece trovarono sviluppo i tipici rimedi della *specific performance*, e dell'*injunction* (p. 215).

4.2. Si indaga sull'origine dell'*Equity* quale risposta alla crescente rigidità del sistema dei *writ*s, e sul ruolo svolto dal Lord Cancelliere nel temperare il rigore del *common law* attraverso provvedimenti personalizzati fondati sui principi della morale e sull'*aequitas canonica* (19). Anche qui, è segnalata l'affinità funzionale tra il ruolo di quest'ultimo e quello a suo tempo svolto nell'esperienza giuridica romana dal *Praetor*, che le *Leggi Liciniae Sextiae* (367 a.C.) istituirono *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter publicam utilitatem* (20).

Viene poi illustrato come l'attività dei cancellieri fu concepita viepiù quale attività giurisdizionale, e come ormai nel XVIII secolo anche il sistema di *Equity* iniziò un processo di sedimentazione seguendo l'esempio del *common law*, cominciando il cancelliere a rispettare, nelle sue decisioni, i propri precedenti sentendosi vincolato a essi. Ormai raggiunto un avanzato grado di elaborazione tecnico giuridica, venne a consolidarsi il secondo ramo del diritto inglese, attorno a cui fiorì una specifica letteratura (21).

Il testo esplora anche le massime di *Equity* e il loro significato nell'ambito della pratica giuridica britannica, evidenziando il ruolo fondamentale di questi principi nel garantire un risultato di giustizia nelle decisioni del Cancelliere.

Sono poi offerte alcune applicazioni pratiche dell'*Equity*. Un'attenzione speciale è dedicata alla tutela dell'affidamento creato dalla promessa (p. 224). Ampio spazio è riservato all'esame di quel prodotto originale dell'*Equity*, ossia il *Trust*, di cui vengono illustrate le origini storiche, il ruolo nel garantire la tutela degli interessi dei beneficiari, e la possibilità di recuperare i beni che ne costituiscono l'oggetto attraverso il meccanismo del *tracing*. Si segnala la sua importanza nella pratica giuridica britannica e il suo multiforme impiego, anche ad opera delle corti, per esempio in sede di divorzio per la protezione degli interessi dei coniugi non intestatari della casa coniugale (p. 219).

La tensione tra *Common law* ed *Equity* nel XVII secolo viene infine presentata sullo sfondo della contesa politica tra Parlamento e Corona, segnalando come la formale prevalenza della seconda (22) di fatto segnò l'assestamento e l'equilibrio tra due forze eguali (p. 220).

4.3. Si passa poi all'esposizione delle riforme giudiziarie del XIX secolo, con la fusione formale tra regole di *Common law* e di *Equity* e con l'introduzione di un unico tipo di processo, tutt'oggi vigente, sottolineando le implicazioni di questa unificazione per il sistema legale britannico (p. 221).

Il testo confronta il principio del precedente vincolante nel *Common law* britannico con l'approccio continentale europeo, e illustra il vincolo delle corti inferiori alle decisioni delle superiori, espresso dallo *stare decisis*. Si sottolinea, in particolare, come per il *common lawyer* la regola contenuta nel *decisum* sia sempre relativa a un caso concreto, ricco di fatti e dettagli qualificanti ("*the rule in*"), e come i precedenti desunti dalle sentenze anteriori operino come fonti del diritto.

Sul punto, è rimarcata la fondamentale differenza tra regola contenuta nel *decisum* e regola frutto della massimazione delle sentenze (*dictum*) - attività, quest'ultima, tipica del *civil lawyer*, apparentemente simile ma tutt'affatto diversa - in quanto le massime prescindono ampiamente dal caso concreto, distillando una regola generale e astratta (p. 227).

Viene poi descritta la tecnica del *distinguishing*, e il processo di *overruling* per modificare i precedenti giurisprudenziali, con la menzione di tecniche quali l'*anticipatory* e il *prospective overruling* (utilizzate negli Stati Uniti per gestire il cambiamento normativo). Si analizzano le differenze sistemiche e le pratiche giuridiche.

È sottolineata la fiducia nella possibilità di affermare i diritti attraverso il confronto processuale, mediante un modello procedurale di tipo accusatorio (*adversarial system*), dove il giudice ha un ruolo neutrale, le parti hanno un ruolo di spicco, e la prova orale (in particolare la *cross examination* dei testimoni) fa da regina (p. 229).

4.4. Il testo offre dunque una panoramica del sistema giudiziario e dell'organizzazione forense, con la descrizione dell'attuale struttura delle corti inglesi, e con l'esposizione dell'attuale sistema giudiziario avente struttura gerarchica, che culmina nella *Supreme Court of the UK*. Si sottolinea il maggior peso che le corti inferiori rivestono, rispetto a quelle dei tribunali continentali, e viene evidenziata anche l'importanza delle corti locali nel panorama giudiziario britannico, e il loro ruolo di gestione di gran parte delle controversie 'seriali' (p. 231).

Sono poi presentate le distinte figure professionali dei *Barriers* e dei *Solicitors*, le originarie diverse funzioni, ognuno con ruoli e responsabilità specifiche. Si sottolinea l'addestramento pratico dei giuristi comuni, contrapponendolo alla formazione teorico-accademica tipica dei sistemi continentali. Il testo dà conto anche dei cambiamenti normativi introdotti nel 1990, che hanno modificato i ruoli tradizionali dei *Solicitors* e dei *Barristers*, consentendo ai primi di comparire davanti alle corti superiori e riducendo la loro esclusività in alcuni ambiti (p. 233).

Infine, si dà conto delle questioni relative agli accordi tariffari degli avvocati, inclusi i patrocini basati sul principio "*no win no fee*", e la controversa pratica dei patti di quota lite, che solleva dubbi sull'imparzialità degli avvocati, nonostante possa contribuire all'accesso alla giustizia (p. 236).

4.5. Nel Capitolo 2 vengono delineati i tratti fondamentali del diritto degli Stati Uniti d'America, che all'interno della famiglia di *Common Law* occupa un posto centrale.

Il diritto statunitense viene presentato in confronto a quello inglese, evidenziandone le radici comuni ma anche il progressivo allontanamento dovuto alle diverse condizioni ambientali e culturali americane in cui si radicò, nei secoli successivi alla Dichiarazione di Indipendenza (p. 240). Si menziona il ruolo dei *Commentaries* di *Blackstone* nella formazione dei giuristi nel XVIII secolo, e si dà conto del dibattito sulla codificazione del diritto, della competizione tra *Common Law* e codificazione francese, con il definitivo predominio del primo, tranne che in Louisiana (p. 247).

Risalta l'originalità e, in pari tempo, la complessità della vicenda giuridica statunitense. Da un lato anche il *Common Law* statunitense mostra una predilezione per la fonte giudiziale e una mentalità orientata al processo, derivante dalla matrice inglese, dall'altro diversamente dall'Inghilterra l'ordinamento degli U.S.A. si fonda su di una costituzione scritta assolutamente rigida, che conferisce al Paese una struttura federale, e che contiene un elenco di diritti fondamentali vincolanti per tutti i poteri (p. 241).

In coerenza con l'approccio seguito anche nelle pagine precedenti, il lettore viene messo a contatto col testo della costituzione federale al fine di esaminarne la struttura, evidenziando in particolare la sua concisione rispetto ai modelli costituzionali europei novecenteschi (23), il suo ruolo centrale nel definire le funzioni del Congresso, degli organi di governo, e del potere giudiziario. Si avverte come la fisionomia federale delineata dalla Carta incida anche sulla dimensione privatistica, a causa della coesistenza di legislazione federale e diritto statale, con l'assegnazione a quest'ultimo della maggior parte delle regole del diritto privato, salvo le materie espressamente assegnate dalla costituzione alla competenza legislativa del Congresso (24) (p. 241).

4.6. Segue l'esame dei primi nove emendamenti ("*Bill of Rights*") che rappresentano un importante completamento della Carta costituzionale, insistendo particolarmente sui diritti fondamentali garantiti come la libertà di religione, di parola e di riunione, nonché il diritto di detenere armi (p. 243).

Si approfondisce il significato di alcuni emendamenti specifici. Il celebratissimo V Emendamento garantisce che nessun individuo possa essere privato dei tre fondamentali beni - *life, liberty, property* - senza un regolare processo legale, sancendo il principio del *due process of law*.

Il VI e il VII Emendamento articolano il diritto di difesa e il diritto a un processo giusto e rapido, sancendo l'importanza della giuria imparziale e del confronto coi testimoni, nonché il diritto alla difesa tecnica. Si sottolinea, anche in questa sede, l'importanza cruciale della giuria nelle vertenze civili: conferma di quel dato di antropologia giuridica che, nelle società dove prevale l'assemblearismo, ravvisa nel giudizio 'dei pari' (ossia degli altri membri della società) la forma più sicura di controllo sociale, e dunque anche il sistema privilegiato di amministrazione della giustizia.

Il IX Emendamento precisa che l'elenco dei diritti sanciti nella Carta non nega né limita altri diritti non espressamente menzionati, sottolineando la peculiarità dell'interpretazione estensiva della Costituzione, divergente dai canoni ordinariamente seguiti per le fonti legislative (*Statute Law*) p.246.

Il testo analizza anche altri successivi emendamenti significativi, come il XIII, aggiunto nel 1865 e contenente il divieto di schiavitù, nonché il XVI che garantisce a tutti i cittadini il diritto di voto, segnalandone l'importanza storica nel cammino verso l'affermazione dei *Civil Rights* per tutti i cittadini (p. 247).

4.7. In questa Parte del testo (come già nella Parte I) riguardo alle tematiche trattate vengono offerti frequenti richiami a citazioni cinematografiche che, oltre a rammentare nel lettore cinefilo il gradevole ricordo di molti film del passato, si dimostrano uno stimolo molto produttivo e avvincente, utile a lumeggiare il senso di quanto spiegato con spunti di riflessione sul contesto giudiziario e sulle garanzie della difesa (L'angolo rosso; Insider), sul ruolo dell'avvocato (Il verdetto; Il caso Wislow), sul già citato rilievo della giuria nel processo (L'avvocato del diavolo; La parola ai giurati; Dodici), sulle forme di tutela e la loro connessione con l'organizzazione degli studi legali ed i danni punitivi (A civil action; Erin Bronovich; L'uomo della pioggia).

Del resto è ormai acquisito come nella didattica giuridica, e so-

prattutto in quella comparatistica (25), risulti particolarmente proficuo lo studio di opere letterarie accuratamente selezionate (26).

Come osservato, proprio in un'occasione recente, dallo stesso Autore del libro in rassegna, l'accostamento al diritto mediante la letteratura - e parimenti, viene da dire, mediante la cinematografia - consente in modo unico di decifrare le logiche intrinseche del diritto, che anzitutto è scienza umana e sociale che si incarna nell'esperienza, "piuttosto che il distillato della ragione, fondandosi sull'empatia più che sulla logica" e favorisce "una sorta di conoscenza per connaturalità (27)".

4.8. L'esposizione del sistema statunitense prosegue con indicazioni sull'organizzazione giudiziaria, articolata su due binari distinti, federale e statale: un dualismo perfetto, che reca una serie di complessità (248).

La relazione tra il Congresso e le legislazioni statali viene esaminata evidenziando un equilibrio articolato tra competenza legislativa nazionale e statale. Si osserva come, sebbene la legislazione federale abbia guadagnato sempre più rilevanza nel tempo, il Congresso abbia evitato di invadere i territori di competenza statale, preferendo spesso una normativa incompleta che lascia ai legislatori statali la definizione dei dettagli. Questo equilibrio fragile ha generato numerosi conflitti, con la Corte Suprema chiamata a intervenire per risolvere divergenze interpretative e stabilire i confini tra le competenze federali e statali. Viene sottolineato come le corti federali non godano di una superiorità strutturale rispetto a quelle statali, ma a differenza di queste ultime siano dotate di una giurisdizione limitata alle vertenze in cui debba farsi applicazione della costituzione o di leggi federali, o in cui le parti siano cittadini di Stati diversi (in questo caso, applicano il diritto dello Stato a cui la questione è connessa, secondo i criteri di selezione della legge applicabile dettati dalle norme di conflitto del diritto internazionale privato).

Emerge poi la figura predominante della Corte Suprema degli Stati Uniti, la cui competenza si estende su questioni di portata nazionale e a controversie che coinvolgono più Stati. Viene sottolineato il ruolo di primaria importanza di tale Corte nell'interpretazione e nell'applicazione della legge a livello federale, nonché nell'armonizzazione delle interpretazioni giuridiche tra le diverse corti statali (p. 248).

4.9. Si indaga poi sulla formazione dei giuristi statunitensi. Viene esaminato il ruolo delle *Law Schools* quali istituzioni fondamentali, in ciò segnalando la divergenza del percorso formativo americano rispetto a quello britannico, centrato invece su un tirocinio pratico. È illustrato il metodo casistico (*case method*) introdotto da Langdell ad Harvard nel 1871, che ancor oggi domina la formazione dei giuristi: gli studenti sono addestrati ad analizzare e interpretare casi concreti, preparandoli alla pratica legale. Si segnala come l'influenza delle *Law Schools* si estenda oltre la formazione professionale, contribuendo all'uniformità del diritto statunitense, attraverso la promozione di principi e teorie comuni, e come lo studio del diritto non venga impartito in relazione a un singolo stato, ma riguardi le varie soluzioni adottate nei diversi Stati.

È così segnalato il ruolo imprescindibile, nella formazione del giurista americano, del metodo comparatistico, che viene ordinariamente praticato (p. 251).

Infine, sono illustrati i *Restatements of the law* pubblicati dall'*American Law Institute* quale strumento centrale per lo studio del diritto statunitense e per la promozione dell'unità, individuando dalla folta massa di pronunce giurisprudenziali i principi e le regole comuni che contribuiscono alla coerenza e alla coesione del sistema giuridico (p. 250).



In sintesi, il sistema degli Stati Uniti viene presentato come un intricato intreccio di istituzioni, legislazione e giurisdizioni, caratterizzato da una complessità unica e da una costante ricerca di equilibrio tra interessi federali e statali: un vasto campo di sperimentazione giuridica che offre stimoli particolarmente costruttivi nella formazione universitaria del comparatista.

Andrea Alberto Belloli

#### Note.

(1) Andrea Fusaro, *Lezioni di diritto privato comparato. Introduzione alla comparazione giuridica e ai sistemi giuridici. Istituti del diritto privato*, Genova, 2024, pp. 1-332. Il testo è pubblicato nel mese di gennaio 2024, per i tipi dello storico editore genovese Bozzi (attivo dal 1810).

(2) Il testo condivide la propria genesi con altri che, ampliati negli anni, sono stati adottati in diversi Atenei italiani per la preparazione dello studio delle relative materie. Per citarne alcuni: A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 1997-2023<sup>XIII</sup> ed., C. Luzzati, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto*, Torino, 2010; R. Sacco - P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019<sup>VII</sup> ed.

(3) Tra le plurime legittimazioni è annoverata la celebre osservazione di Rodolfo Sacco secondo cui “l’insegnamento del diritto limitato territorialmente non è valido, ed anzi è mentitorio”, R. Sacco, *Insegnamento e studio del diritto comparato*, in M. Bussani-M. Graziadei (cur.), *Che cos'è il diritto comparato*, Milano, 1992, p. 293.

(4) R. David, “*Les grands systèmes juridiques contemporains*”, 1964; K. Zweigert e H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 1984; R. Schlesinger, *Comparative Law: Cases-Texts-Materials* (1950). L'esigenza di suddividere gli ordinamenti giuridici in un numero ridotto di gruppi per un verso risponde a un naturale bisogno di classificazione e ordine, rendendo comprensibile la grande massa di dati raccolti, per altro verso facilita la ricerca comparatistica, poiché consente di circoscrivere l'approfondimento a pochi ordinamenti, rappresentativi di tutto il gruppo.

(5) Al riguardo, viene segnalata la famosa disposizione dell'art. 1 comma II del codice civile svizzero, ove il legislatore elvetico, con onestà intellettuale, ha assunto la possibilità che l'ordinamento positivo sia suscettibile di lacune, affidando al giudice il compito di colmarle e stabilendo, in pari tempo, i criteri in base a cui deve compiere tale operazione: secondo la consuetudine o, in difetto, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore.

(6) Circa l'importanza di questa parte relativa alla trattazione dei metodi, si appunta alla mente la considerazione a suo tempo svolta da Gustave Radbruch (citato da R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, New York, 2001, p. 46) secondo cui “*le scienze che si occupano della loro metodologia sono scienze malate*”. A ben vedere però ogni scienza in senso proprio si interroga sul suo metodo e, insieme al Filosofo, ci sembra altresì corretto osservare come il pensiero su sé stessi costituisca il punto di partenza rispetto a qualsiasi forma ulteriore di sapere e di speculazione scientifica (cfr. R. Descartes, *Discorso sul metodo*, Parte IV).

(7) Cfr. A. Fusaro, *Un ricordo “allegro” di Rodolfo Sacco*, in *Teoria e prassi del diritto*, 2/2023, p. 303 e ss.

(8) Edito come *Code civil des français. Édition originale et seule officielle*.

(9) Del resto, è noto che la parità tra i coniugi fu definitivamente sancita in Europa solo con le riforme dei codici civili europei nella seconda metà del secolo XX, quando la disciplina della famiglia venne informata al nuovo principio di eguaglianza tra moglie e marito, sancito da tutte le costituzioni europee post-belliche.

(10) Il modello sociologico di riferimento rimane quello dell'epoca storica in cui il *code* fu redatto. Anche a Portalis questa regolamentazione appariva pacifica e scontata in considerazione della diversa gravità, più che dell'atto, delle sue conseguenze pratiche (incertezza sulla possibile paternità).

(11) Venticinque anni per i maschi e ventuno anni per le femmine.

(12) Anche se, come verrà successivamente puntualizzato nella Parte IV, Cap. IV del testo, alcune norme del *code* sui rapporti di vicinato riproducono invece la *Coutume* di Parigi del 1580 (p. 312).

(13) Loi n. 2006-728 del 23 giugno 2006, e Loi n. 2021-1109 del 24 agosto 2021.

(14) R. Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*. Bologna, 2007.

(15) L'influenza, come noto, fu esercitata mediante le precedenti trattazioni dottrinali di Domat e di Pothier.

(16) Può risultare assai interessante notare che, scorrendo l'indice e la struttura di alcuni importanti manuali tradizionali, tutt'oggi adottati negli Atenei italiani per lo studio delle istituzioni di diritto privato, vi si trovi prima la trattazione della teoria unitaria del negozio giuridico e dei vizi della volontà, e a seguire la trattazione del contratto e dei vizi del consenso (Cfr. p. es. P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, ult. ed. 2023; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, ult. ed. 2022).

(17) Nei termini della famosa definizione offerta da Ulpiano, secondo cui: “*Huius studii duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum ius, est quod ad statum reipublicae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*”, D.1.1.1.2.

(18) Come nel caso della *actio ad exemplum legis Aquiliae*, che il *praetor* soleva concedere in quei casi di *damnum iniuria datum* altrimenti non tutelati secondo una rigorosa interpretazione della *Lex Aquilia de damno*. L'*actio legis Aquiliae* trovava infatti applicazione solo quando vi fosse un danno *corpore corpori illatum*, cioè provocato con lo sforzo muscolare alla cosa considerata nella sua fisicità; non trovava invece applicazione in tutti gli altri casi (ad esempio con riguardo al soggetto che, rinchiudendo uno schiavo o un quadrupede altrui, lo facesse morire di fame). Da qui la necessità di ricorrere alle *actiones ad exemplum*. Con un itinerario evolutivo del tutto simile, si sviluppò il *writ of trespass on the case*, per fornire ristoro a tutti quei danni che non fossero stati arrecati *vi et armis*, ma con altre modalità (è quanto deciso nel noto *Humber Ferry case* del 1348). Il *writ of trespass* fornì la base per nuove azioni nel campo dell'illecito, ma fu altresì il punto di partenza per la creazione di nuove azioni contrattuali.

(19) Come noto, sino al XVI secolo la carica di Lord Cancelliere fu ricoperta da un ecclesiastico. Il primo laico a ricoprire tale carica fu Sir Thomas More (1474-1535).

(20) D. 1,1,7,7.

(21) A ben vedere anche qui un processo non dissimile, quanto agli esiti, può scorgersi nell'esperienza giuridica romana. Da parte del pretore esisteva infatti la consuetudine di riprodurre, nel proprio editto, parte dell'editto del suo predecessore, a cui si uniformava, cosicché nel corso del tempo si formò un “nucleo stabile” che venne chiamato *Edictum tralatitium*. Infine, nel 133 d.C. l'imperatore Adriano incaricò il giurista Salvio Giuliano di cristallizzare e consolidare definitivamente questo *corpus* che, unito ad altre leggi, prese il nome di *Edictum perpetuum*, a sottolinearne il carattere di definitività e immutabilità sia nella struttura formale che nel tempo. L'editto del pretore, divenuto ormai quello consolidato e approvato dall'imperatore, perse così la sua originaria funzione, mutò in una legge dello stato, e non vennero più emanati nuovi editti programmatici generali.

(22) Si stabilì che in caso di contrasto prevalesse la regola di *Equity* in quanto più recente.

(23) Nella versione originaria era composta solo da un Preambolo e da sette articoli.

(24) Notoriamente esse sono quelle comprese nella c.d. “*commercial clause*” (commercio tra stati diversi), *bankruptcy*, *patent and copyrights*, *maritime and admiralty*.

(25) Cfr. A. Fusaro, *Il diritto comparato e la letteratura*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino 2020, p. 22.

(26) Già a suo tempo P. Calamandrei, nel saggio *Le lettere e il processo civile*, 1924, osservava che «*dalla lettura di certe pagine di romanzi, nelle quali si descrivono con linguaggio profano i congegni della giustizia in azione, è assai spesso possibile trarre un'idea precisa, meglio che da una critica fatta in gergo tecnico e in stile cattedratico, del modo in cui la realtà reagisce sulle leggi e della loro inadeguatezza a raggiungere nella vita pratica gli scopi per i quali il legislatore crede di averle create*». Giova peraltro ricordare come, proprio in ambiente statunitense, da tempo la produzione accademica si proponga di integrare l'insegnamento del diritto con gli apporti di altre scienze sociali e umanistiche (tra queste si consideri il filone di studio che prende il nome di “*Law and...*”) quali, appunto la letteratura che si attesta quale specola privilegiata per la comprensione dei fenomeni giuridici. Questa prospettiva, soprattutto in tempi recenti, sta riscuotendo sempre più interesse anche nell'ambiente accademico italiano. In tema cfr. R. A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001.

(27) Cfr. A. Fusaro, *Testo della comunicazione preparata per la presentazione del libro di Donato Carusi, Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, 2022, organizzato per il 25 novembre 2022 a Genova presso l'Aula Meridiana del Palazzo dell'Università, dal Dipartimento di Giurisprudenza e dal Coordinamento del Dottorato in Diritto, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2023, p. 510.

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte di Cassazione, sez. un., 7 ottobre 2024, n. 26122 - Ministero della Giustizia e CSM c. C.S. (Avv. Cocchi).

(Avverso la sentenza del Consiglio di Stato 11 gennaio 2024, n. 379)

### **ORDINAMENTO giudiziario - decadenza automatica dalle domande di trasferimento dei magistrati - meccanismo - illegittimità.**

(Art. 4, comma 1, circolare CSM n. 13778/2014; art. 12 D.Lgs. n. 160/2006; art. 107, terzo comma, Cost.)

*La presentazione da parte di un magistrato di una domanda per la partecipazione a un secondo bando di concorso, anche se seguita da trasferimento, non implica automaticamente la carenza di interesse per una precedente procedura di concorso, specie se il magistrato specifica espressamente di non voler rinunciare alla prima domanda. La mancata revoca espressa della prima domanda resta, pertanto, irrilevante ai fini della presunzione di volontà abdicativa.*

*È illegittimo il meccanismo di decadenza automatica previsto dall'art. 4, comma 1, della circolare CSM n. 13778/2014, che collega la decadenza da una precedente domanda di trasferimento al conseguimento di un diverso trasferimento richiesto successivamente dal magistrato. Tale meccanismo risulta illogico e irragionevole, in quanto fondato su una presunzione equivoca di volontà abdicativa che non può desumersi dalla mera mancata revoca della prima domanda, ma richiede un'espressa dichiarazione di rinuncia da parte dell'interessato.*

(...Omissis...)

#### **Fatti di causa.**

1. - Con delibera del 22 dicembre 2020, il Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) indicava, ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. n. 160 del 2006, una procedura per la copertura di 18 posti vacanti di consigliere della Corte Suprema di cassazione per il settore penale, alla quale partecipava la dr.ssa Co.Si. ottenendo dalla Commissione Tecnica un complessivo e generale giudizio di "idoneità" e, segnatamente, quanto alla capacità scientifica e di analisi delle norme, un giudizio di "elevato".

Tuttavia, la Terza Commissione del CSM, in applicazione dell'art. 4, comma 1, della circolare n. 13778/2014 (secondo cui: "il trasferimento o l'assegnazione per il conferimento di nuove funzioni, disposti a domanda dell'interessato, nonché il collocamento fuori ruolo dall'organico della magistratura una conferma fuori ruolo in diversa posizione o presso altro ente o altra amministrazione, determinano la decadenza di tutte le domande in precedenza presentate"), dichiarava decaduta la dr.ssa Co.Si. dalla partecipazione all'anzidetta procedura di concorso, avendo ella presentato, in pendenza della procedura medesima, domanda di partecipazione al bando, indetto a luglio 2021, per la copertura di un ruolo di giudice di appello presso le Sezioni penali della Corte di appello di Genova; domanda che veniva accolta con delibera del CSM in data 4 novembre 2021.

2. - La dr.ssa Simonetta Co.Si. impugnava, quindi, i provvedimenti che avevano disposto il conferimento delle funzioni

giudicanti di legittimità ai controinteressati, i provvedimenti adottati dalla Terza Commissione e dal Plenum del CSM in seno alla relativa procedura di concorso, nonché, in particolare, la circolare n. 13778/2014, deducendo l'illegittimità del suo art. 4, in forza del quale era stata dichiarata la decadenza della domanda di partecipazione all'anzidetto concorso.

2.1. - L'adito Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con sentenza del 16 gennaio 2023, rigettava il ricorso, reputando legittima la previsione di cui all'art. 4, comma 1, della citata circolare, che ricollegava "correttamente... la decadenza alla delibera di trasferimento e non anche alla presentazione della seconda istanza", essendovi solo nel primo caso "la certezza del conseguimento del bene della vita incompatibile con l'altra richiesta".

Il TAR sosteneva, pertanto, che la disposizione impugnata si poneva "in linea con i principi di efficacia ed efficienza che regolano l'attività amministrativa", poiché rispondente, al contempo, "alle esigenze di snellire la procedura di trasferimento" e alle "necessità organizzative negli uffici giudiziari", evitando "del lavoro inutile agli uffici consiliari" per "una pratica in relazione alla quale la parte ha dimostrato di non avere più interesse".

3. - Il Consiglio di Stato, investito dell'appello avverso tale decisione, lo ha accolto con sentenza resa pubblica l'11 gennaio 2024, annullando gli atti impugnati dall'interessata e disponendo che il CSM provveda a riesaminare la domanda presentata dalla dr.ssa Co.Si. per la procedura di concorso al posto di consigliere di cassazione.

3.1. - Il giudice di secondo grado, a fondamento della decisione, ha ritenuto essere illegittimo il meccanismo della decadenza previsto dall'art. 4, comma 1, della circolare n. 13778/2014, "perché esso si fonda su una presunta volontà abdicativa alla domanda dell'interessato che non può risultare inequivocabilmente dal trasferimento ad altra sede contestualmente richiesta, dovendo essere inequivocabilmente espressa la revoca della domanda".

Un tale "meccanismo" - ha aggiunto e ribadito il giudice di appello - "è illogico e irrazionale perché una volontà abdicativa rispetto ad una domanda non può trarsi in modo inequivoco dalla mancata revoca di altra domanda nel frattempo proposta, anche quando si è sopraggiunto il provvedimento di trasferimento, ma solo dalla espressa dichiarazione di revoca della prima domanda".

A tal riguardo il Consiglio di Stato ha, quindi, osservato che: a) la presentazione, da parte della dr.ssa Co.Si., di domanda di partecipazione ad altro bando di concorso per la copertura di un ruolo di giudice di appello, avendone poi ottenuto il trasferimento, "non per questo determina la sopravvenuta carenza di interesse alla prima procedura per il posto di consigliere di Cassazione", "tanto più" che ella era in possesso dei relativi requisiti ed anche di "una valutazione migliore rispetto a numerosi altri aspiranti collocatisi in posizione utile in graduatoria"; b) "circostanza di per sé dirimente", non tenuta in debito conto dal primo giudice, era quella per cui l'interessata "si è trovata nella condizione di dover presentare, per cautela ed impregiudicato ogni diritto, un'ulteriore domanda per il conferimento della funzione di consigliere della Corte di Appello, precisando espressamente

di non volere rinunciare alla precedente domanda”; b.1) “l’iter della seconda domanda, pur essendo stato avviato successivamente (nel luglio 2021), si è concluso addirittura prima (il 21 ottobre 2021 la Terza Commissione ha formulato le proposte e il successivo 4 novembre il Plenum le ha deliberate) rispetto a quello originariamente avviato con la prima (bando pubblicato a gennaio 2021; proposte della Terza Commissione il 27 settembre 2021; deliberazione del Plenum il successivo 6 dicembre)”;

b.2) sicché, la partecipazione ad altro concorso ed esserne risultata vincitrice “non dimostra affatto il venir meno dell’interesse alla nomina a consigliere di Cassazione, quanto semplicemente l’opportunità di voler partecipare ad un’altra procedura (oltretutto, per funzioni inferiori) in attesa degli esiti della prima che tardano ad arrivare, al fine di non vedere vanificata la sua aspettativa di carriera”;

b.3) diversamente opinando, “si giungerebbe alla paradossale e contraddittoria conclusione... per cui basterebbe dilatare le tempistiche della procedura di trasferimento a funzioni di consigliere di Cassazione ed avviare successivamente una procedura di trasferimento per diversa funzione di un organo di secondo grado per far sì che la partecipazione a quest’ultima e la successiva assegnazione comporti automaticamente una decadenza dei concorrenti dalla prima procedura, ancora ingiustificatamente pendente per questioni estranee al candidato”;

c) non è condivisibile quanto ritenuto dal TAR sul fatto che tramite il meccanismo della decadenza dalla domanda “si garantisce la continuità delle funzioni giurisdizionali”, essendo, invece, tale esigenza frustrata dall’aver la decadenza “impedito che si potesse assegnare ad un magistrato l’incarico di consigliere di Cassazione, pur essendone quest’ultimo titolato”;

d) né è valido l’argomento per cui “analogo meccanismo sarebbe previsto dall’art. 51 del Testo unico sulla dirigenza giudiziaria (circolare n. P 14858 del 28 luglio 2015)”, non potendo la ratio di tale previsione - ossia “garantire la stabilizzazione delle funzioni direttive e semidirettive” - trovare applicazione nel caso di specie, “ove non si tratta di assicurare stabilità agli uffici nelle funzioni apicali al fine di evitare rapidi e inutili avvicendamenti in posizioni che si riflettono sull’organizzazione di interi uffici giudiziari”;

d.1) nel caso di “mero tramutamento” o di “conseguimento di funzioni che non siano direttive o semidirettive” la predetta esigenza “non può dirsi altrettanto prevalente al punto da sacrificare o annullare la legittima aspirazione del magistrato a conseguire - ricorrendone i presupposti - le funzioni di legittimità per il solo fatto di avere presentato domanda nel frattempo per il conseguimento di altre funzioni”;

e) nella stessa prospettiva da ultimo evidenziata “non può ritenersi pertinente e, comunque, non può ritenersi prevalente, in modo illogico e assoluto, il principio di continuità delle funzioni giurisdizionali, richiamato dal primo giudice, in linea con l’art. 194 ord. giud., che impone ai magistrati ordinari un periodo quadriennale minimo di permanenza in una sede..., evitando di assegnare un magistrato ad un dato ufficio per un periodo eccessivamente breve”;

f) né, infine, risulta condivisibile l’argomento che dà rilievo al fatto che, in assenza del meccanismo della decadenza, la presentazione di più domande “contemporaneamente” potrebbe, nel consentire poi la scelta della sede preferita tra quelle conseguite, rendere inutile altra procedura, “con la conseguente necessità di ripetere la stessa e il rischio di lasciare scoperto il posto messo a concorso per un periodo di tempo non determinabile, mentre elementari esigenze di economia procedimentale e di efficienza organizzativa non possono che precludere tali conseguenze”;

f.1) un “simile rischio”, infatti, “può essere evitato

semplicemente o garantendo la simultaneità e dunque riallineando - laddove possibile - le tempistiche delle due procedure, proprio per esigenze di efficienza organizzativa e di economia procedimentale (come avviene normalmente per i tramutamenti nei posti rimasti vacanti negli uffici di primo e secondo grado), o vietando di disporre il trasferimento in Corte d’Appello in pendenza della domanda per il trasferimento in Cassazione, salva espressa revoca di quest’ultima domanda da parte dell’interessato”.

4. - Per la cassazione di tale sentenza il Ministero della giustizia ed il Consiglio Superiore della Magistratura hanno proposto congiunto ricorso ai sensi dell’art. 360, primo comma, n. 1, c.p.c., denunciando un vizio di eccesso di potere giurisdizionale “per sconfinamento nel merito”, articolando il motivo di impugnazione su tre censure.

La dr.ssa Co.Si. ha resistito con controricorso, mentre non hanno svolto attività difensiva in questa sede gli intimati dr. Po.Gi. e dr. Cu.Mi., controinteressati.

Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c.

Il pubblico ministero ha concluso oralmente, in udienza pubblica, per l’accoglimento del ricorso.

#### Ragioni della decisione.

1. - I ricorrenti, dopo aver tratteggiato la portata del vizio di eccesso di potere giurisdizionale nella figura dello “sconfinamento nel merito amministrativo”, lamentano che il Consiglio di Stato, con la sentenza impugnata in questa sede, abbia inteso “sindacare la modalità di tutela dell’interesse pubblico individuata” dal CSM “nell’esercizio delle prerogative ad esso attribuite dalla Costituzione e la concreta realizzazione dello stesso”.

Tanto troverebbe evidenza non già nella ritenuta “impossibilità di riconnettere alla presentazione della seconda domanda una volontà soggettiva di abdicazione” della prima - che costituirebbe “interpretazione giuridica che non esorbita dal sindacato di legittimità” e che non sarebbe, comunque, “argomentazione di per sé dirimente ai fini della decisione” - bensì sulla scorta delle seguenti e censurabili argomentazioni che fonderebbero la decisione.

1.1. - In primo luogo, il giudice di secondo grado, nell’affermare che “basterebbe dilatare le tempistiche...”, avrebbe ipotizzato “una decadenza provocata... dall’azione consiliare medesima, qualificando come ingiustificata la pendenza della procedura attivata preventivamente e definita successivamente”, così da sostituirsi all’Organo di governo autonomo in ordine alla “determinazione delle priorità nella definizione delle procedure di trattamento”, rimessa al medesimo Organo per la “tutela alla migliore gestione dei trasferimenti in relazione alle esigenze degli uffici giudiziari e alle peculiarità delle singole procedure”.

1.2. - Inoltre, il Consiglio di Stato - nell’aver escluso, anche alla luce di quanto previsto dall’art. 194 ord. giud., che il meccanismo della decadenza sia volto a garantire “la continuità delle funzioni giurisdizionali” e ritenendo non pertinente, rispetto al “mero tramutamento”, l’argomento, utilizzato dal primo giudice, relativo alla previsione di un meccanismo analogo nel T.U. sulla dirigenza giudiziaria (art. 51) e sorretto dalla ratio “di assicurare la stabilizzazione delle funzioni direttive e semidirettive”, che, in ogni caso, non potrebbe reputarsi così prevalente da sacrificare la legittima aspirazione del candidato ad un posto di consigliere di cassazione “per il solo fatto di avere presentato domanda nel frattempo per il conseguimento di altre funzioni” - si sarebbe sostituito al



CSM “nella valutazione su come conciliare le esigenze di continuità della funzione giurisdizionale con l’aspirazione al trasferimento di sede del magistrato”.

Il giudice amministrativo avrebbe, infatti, operato “un vero e proprio bilanciamento di interessi in concreto tra la stabilità delle assegnazioni e l’aspirazione del magistrato”, attribuendo “maggiore meritevolezza” e, quindi, prevalenza a quest’ultimo interesse, privato, in contrasto, però, con il bilanciamento del pari operato dal CSM con l’art. 4, comma 1, della circolare n. 13778/2014, volto a privilegiare “(a tutela del carattere costituzionale della funzione giudiziaria e della effettività della tutela giurisdizionale) l’esigenza di continuità e della funzione rispetto ai trasferimenti di sede dei magistrati”.

1.3. - Infine, Il Consiglio di Stato - nell’aver escluso che il meccanismo della decadenza sia volto ad assicurare le esigenze di “economia procedimentale” e di “efficienza organizzativa” in quanto necessario per evitare, in caso di più domande presentate contemporaneamente e di scelta della sede preferita, il rischio di rendere inutile una procedura di concorso nella quale il magistrato fosse stato prescelto, poiché un tale rischio sarebbe agevolmente evitabile o garantendo la simultaneità delle tempistiche delle due procedure o vietando di disporre il trasferimento in una sede (Corte di appello) in pendenza della domanda per altra sede (Corte di cassazione), “salva espressa revoca di quest’ultima domanda da parte dell’interessato” - si sarebbe sostituito al CSM “nella individuazione della modalità di soddisfazione delle predette esigenze”.

Il giudice di appello avrebbe, infatti, ipotizzato “nitidamente le misure amministrative volte ad assicurare la cura dell’interesse pubblico” e “il metodo da seguire nella gestione dei procedimenti amministrativi”, costruendo una “regola” per “governare in blocco le procedure di trasferimento in uffici di merito di secondo grado” - qualificati “erroneamente come funzioni inferiori”, in contrasto con l’art. 107, terzo comma, Cost. - in pendenza di una domanda per l’accesso alle funzioni di legittimità.

2. - Il ricorso è inammissibile.

2.1. - Giova anzitutto rammentare - alla luce della consolidata giurisprudenza di queste Sezioni Unite (Cass., S.U., n. 30526/2018; Cass., S.U., n. 14264/2019; Cass., S.U., n. 18829/2019; Cass., S.U., n. 18559/2024) - che l’eccesso di potere giurisdizionale, in forma di sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell’art. 111, comma ottavo, Cost., è configurabile soltanto quando l’indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, diviene strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell’opportunità e convenienza dell’atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell’annullamento, esprime la volontà dell’organo giudicante di sostituirsi a quella dell’amministrazione, procedendo il giudice ad un sindacato di merito con una pronuncia avente il contenuto sostanziale e l’esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa.

L’applicazione di tali principi non è esclusa dall’ampia discrezionalità che l’ordinamento riconosce alla P.A. in determinati settori, come si ha, segnatamente, riguardo al C.S.M. che, “in ragione delle proprie competenze di rilievo costituzionale, gode di un tasso di discrezionalità particolarmente elevato” (Cass., S.U., n. 39784/2021).

E, tuttavia, anche là dove, come in questo specifico ambito, l’atto da adottarsi presenti uno spiccato contenuto valutativo, l’esercizio della discrezionalità amministrativa non può pre-

scindere da criteri di logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell’istruttoria, restando il suo operato sindacabile sotto il profilo (dei sintomi che danno luogo al vizio di eccesso di potere, ossia) dell’evidente illogicità o manifesta incongruenza relativamente ai presupposti di fatto considerati, alla razionalità delle scelte compiute, alla congruità dei mezzi adottati in rapporto allo scopo avuto di mira (Cass., S.U., n. 2604/2021) e, dunque, alla stregua di un giudizio di proporzionalità.

2.2. - Nella specie, il Consiglio di Stato, con la sentenza impugnata in questa sede (cfr., segnatamente, parr. da 5.1 a 5.3), ha ritenuto “illegittimo” il “meccanismo della decadenza” stabilito dall’art. 4, comma 1, della Circolare n. 13778/2014 - ossia la presunzione di volontà abdicativa della domanda di tramutamento collegata al conseguito provvedimento di trasferimento ad altra sede contestualmente richiesta dal medesimo magistrato - in quanto meccanismo “illogico e irragionevole”, poiché contempla una presunzione caratterizzata da equivocità, tale da non consentire di riconoscere come espressione certa di “volontà abdicativa rispetto ad una domanda” la circostanza della “mancata revoca di altra domanda nel frattempo proposta, anche quando sia sopraggiunto il provvedimento di trasferimento”.

Soltanto una “espressa dichiarazione di revoca della prima domanda” di trasferimento sarebbe, invece, inequivoca manifestazione dell’anzidetta “volontà abdicativa”.

Ed è proprio in tale prospettiva (ossia, della necessità che la volontà abdicativa si esprima attraverso una espressa revoca della domanda di trasferimento alla quale il magistrato non abbia più interesse) che il giudice di appello ha dato rilievo al fatto che, nella specie, la persistenza dell’interesse alla nomina a consigliere di Cassazione da parte della dr.ssa Co.Si. trovava evidenza nell’aver ella “espressamente” precisato, all’atto della presentazione della domanda per il conferimento delle funzioni di consigliere di appello, “di non volere rinunciare alla precedente domanda” (cfr. parr. 5.6. e 5.8. della sentenza impugnata).

2.3. - A tal riguardo, gli stessi ricorrenti assumono che l’affermazione del Consiglio di Stato circa “impossibilità di riconnettere alla presentazione di una seconda domanda una volontà soggettiva di abdicazione” della prima sia “argomentazione” pertinente all’ambito della “interpretazione giuridica che non esorbita dal sindacato di legittimità” del giudice amministrativo, sebbene, però, escludano che l’argomentazione stessa possa ritenersi “di per sé dirimente ai fini della decisione” (p. 11 del ricorso).

Tuttavia, diversamente da quanto opinato con il ricorso, è proprio siffatto impianto argomentativo che esprime compiutamente la ratio decidendi della sentenza impugnata in questa sede.

L’annullamento degli atti impugnati dalla dr.ssa Co.Si. (e, quindi, anche dei decreti ministeriali di conferimento di funzioni giudicanti di legittimità, dei provvedimenti adottati dalla Terza Commissione e dal Plenum del C.S.M.) trova, infatti, immediata radice nell’accertata e dichiarata illegittimità che ha investito l’art. 4, comma 1, della Circolare n. 13778/2014 (anch’esso impugnato dinanzi al giudice amministrativo), dalla quale, pertanto, è disceso, per invalidità derivata, anche l’annullamento degli altri atti oggetto di impugnativa.

E tale illegittimità è stata ravvisata, espressamente, nella ‘illogicità’ e ‘irragionevolezza’ del “meccanismo della decadenza” disciplinato dalla predetta disposizione della Circolare, in quanto contemplante una presunzione equivoca di “volontà abdicativa” della domanda di tramutamento, mentre - secondo il Consiglio di Stato - sarebbe necessario, invece, che

quella stessa volontà venga manifestata in modo inequivoco e che tanto possa essere assicurato unicamente dalla “espressa dichiarazione di revoca” della domanda stessa.

Viene, quindi, in evidenza una motivazione sostanziata da una argomentazione giuridica che, in sé considerata - a prescindere, dunque, dalla sua correttezza in iure e dalla stessa effettiva rispondenza al paradigma della giurisdizione generale di legittimità -, si presenta, nel suo svolgimento formale, come rappresentazione dell'esercizio di un sindacato sull'atto amministrativo (di autovincolo della discrezionalità dell'azione amministrativa dello stesso C.S.M.) che il giudice di appello -come, del resto, riconoscono gli stessi ricorrenti allorquando affermano trattarsi di “interpretazione giuridica che non esorbita dal sindacato di legittimità” - ha declinato in base ai criteri, sintomatici, cui tipicamente si riconnette il rilievo del vizio di eccesso di potere.

Sicché, è proprio un tale impianto giustificativo, in sé concluso, che si presta, come tale, ad essere idoneo fondamento della dichiarata illegittimità, diretta e derivata, degli atti impugnati dalla dr.ssa Co.Si. (e, quindi, il loro annullamento) e, dunque, ad ergersi ad autonoma e unica ratio decidendi della sentenza impugnata in questa sede.

Le doglianze che ad essa muove il ricorso (cfr. i parr. 1.1., 1.2 e 1.3, che precedono e ai quali si rinvia) si appuntano su argomenti che il Consiglio di Stato ha pur utilizzato per motivare la propria decisione e che sono calibrati essenzialmente sulla confutazione delle difese del C.S.M. e delle considerazioni, di segno diverso, svolte dal primo giudice a sostegno del rigetto del ricorso presentato dalla dr.ssa Co.Si.

Ma si tratta di argomenti ulteriori e diversi rispetto alla anzidetta ratio decidendi, che non è stata attinta da alcuna, tempestiva, denuncia in ricorso e neppure trattata nella memoria ex art. 378 c.p.c., che ha funzione illustrativa di censure già proposte.

Pertanto, seppure queste ulteriori affermazioni esibite dalla sentenza di appello - le uniche fatte oggetto di censura con il ricorso - dessero in sé corpo al vizio denunciato dai ricorrenti, non ne sarebbe, in ogni caso, scalfita la ragione giustificativa innanzi evidenziata, l'unica e, in sé considerata, idonea a sorreggere l'annullamento, disposto dal Consiglio di Stato, degli atti impugnati dalla dr.ssa Co.Si.; ratio decidendi sulla quale, dunque, si è formato il giudicato.

Resta, quindi, irrilevante che in udienza pubblica i ricorrenti e il pubblico ministero si siano soffermati approfonditamente sulla illegittimità, dichiarata dal Consiglio di Stato per le ragioni dianzi illustrate, del meccanismo della decadenza previsto dall'art. 4, comma 1, della circolare n. 13778/2014, denunciandone il vizio di eccesso di potere per sconfinamento nel merito amministrativo anche in relazione all'anzidetta ragione di annullamento degli atti impugnati dalla dr.ssa Co.Si.

3.- Il ricorso va, dunque, dichiarato inammissibile. Sussistono i presupposti di legge per disporre la integrale compensazione delle spese del presente giudizio.

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

dichiara inammissibile il ricorso e compensa interamente tra le parti le spese del presente giudizio.

# Massimario

TAR Liguria, sez. I, 20 luglio 2024, n. 512 - Pres. Caruso - Est. Miniussi - X (Avv.ti Viriglio, Sandulli e Giuffrè) c. Università degli Studi di Genova (Avvocatura dello Stato).

**ATTO AMMINISTRATIVO - atto meramente confermativo - carenza di un autonomo effetto lesivo - impugnazione - inammissibilità.**

(Cons. St., sez. V, 22 giugno 2018, n. 3867 e 2 febbraio 2024, n. 1076)

**ATTO AMMINISTRATIVO - atto confermativo in senso proprio - adozione all'esito di una nuova istruttoria e di una rinnovata ponderazione degli interessi - nuova motivazione - impugnazione - ammissibilità.**

(Cons. St., sez. V, 22 giugno 2018, n. 3867 e 2 febbraio 2024, n. 1076)

**PROFESSORI UNIVERSITARI - sospensione cautelativa - sproporzione rispetto agli addebiti mossi in sede penale - eccesso di potere - illegittimità.**

(Cons. St., sez. V, 22 giugno 2018, n. 3867 e 2 febbraio 2024, n. 1076)

*È inammissibile l'autonoma impugnazione degli atti amministrativi meramente confermativi di precedenti atti, emessi, cioè, senza nuova istruttoria e nuova motivazione.*

*È ammissibile l'impugnazione di un atto amministrativo, pur successivo ad altro atto, ma solo se nuovamente motivato e adottato all'esito di nuova istruttoria e rinnovata ponderazione degli interessi.*

*È viziata da eccesso di potere la sospensione dall'attività didattica e di ricerca di un professore universitario se ne conseguono effetti sproporzionati rispetto agli addebiti mossi in sede penale.*

P.C.

TAR Liguria, sez. I, 5 dicembre 2024, n. 843 - Pres. Caruso - Est. Miniussi - JE s.r.l. (Avv.ti Lipani, Sbrana e Cossu) c. Comune di Sanremo (Avv.ti Bonura e Fonderrico), e nei cfr. di RAI - Radiotelevisione Italiana S.p.A. (Avv.ti de Vergottini, Police, Degni, Petitto e Mangiafico) e di RAI Pubblicità S.p.A. (Avv.ti Mirabile e Sandulli).

**CONTRATTI PUBBLICI - carenza di gara per l'affidamento di un contratto - tutela della concorrenza - legittimazione al ricorso da parte di impresa operante nel settore oggetto dell'affidamento contestato - sussistenza.**

(Cons. St., Ad. Plen., n. 4/2011; C.G.A.R.S., sez. giur., 16 febbraio 2021, n. 116)

**CONTRATTI PUBBLICI - Convenzione RAI Festival di Sanremo e Convenzione RAI pubblicità - natura di contratti attivi delle Convenzioni - applicabilità dei principi del risultato e della fiducia, di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità - necessità di interpello del mercato e di confronto di offerte concorrenti.**

(D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; r.d. 23 maggio 1924, n. 827; Cons. St., comm. spec., parere del 10 maggio 2018, n. 1241; Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2020, n. 720; T.A.R. Lombardia (Milano), sez. II, 10 ottobre 2024, n. 2628)

**CONTRATTI PUBBLICI - insussistenza di un legame inscindibile tra marchio del Festival della canzone italiana di titolarità del Comune di Sanremo e format dello spettacolo di titolarità della RAI - facoltà del Comune di Sanremo di svolgere una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto la concessione dell'uso del marchio, l'organizzazione del Festival e l'affidamento dei diritti di trasmissione allo stesso soggetto contraente.**

(Codice degli appalti, artt. 3 e 13, commi 2 e 5; art. 3, comma 6, della Convenzione RAI)

**CONTRATTI PUBBLICI - Festival della canzone italiana - illegittimità della delibera del Comune di Sanremo di affidamento diretto dell'organizzazione alla RAI - illegittimità derivata della delibera del Comune di Sanremo di affidamento diretto della pubblicità alla RAI - evidente sproporzione e irragionevolezza dell'eventuale incisione di tali illegittimità sulla passata edizione del Festival e sulla prossima - limitazione dell'effetto caducatorio alle delibere di approvazione delle Convenzioni ferma restando l'efficacia delle Convenzioni stesse.**

(Delib. Giunta Comunale di Sanremo n. 314 del 21 novembre 2023; Convenzione stipulata tra il Comune di Sanremo e RAI "per la concessione dell'uso in esclusiva del marchio "Festival della Canzone Italiana" e per lo svolgimento della 74esima e 75esima edizione del "Festival della Canzone Italiana" per gli anni 2024 e 2025"; delib. Giunta Comunale di Sanremo n. 345 del 4 dicembre 2023, "Convenzione con RAI Pubblicità S.p.A. per lo sfruttamento commerciale degli eventi collaterali e/o connessi con le edizioni 2024 e 2025 del Festival della Canzone Italiana")

**GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA - atipicità dell'apparato rimediabile configurato dal Codice del processo amministrativo - graduazione nel tempo da parte del giudice degli effetti delle sentenze - ammissibilità.**

(Art. 113, comma 3, Costituzione; art. 264, par. 2 TFUE; artt. 1443 e 1445 cod. civ.; art. 112 cod. proc. civ.; artt. 121 e 122 cod. proc. amm.; Cons. St., sez. I, parere del 30 giugno 2020, n. 1233)

*A tutela della concorrenza, sussiste l'astratto titolo dell'operatore del settore di mercato cui afferisce l'oggetto di un contratto pubblico a impugnarne l'affidamento se non preceduto da gara.*

*Benché la natura di contratti attivi della Convenzione RAI Festival di Sanremo e della Convenzione RAI pubblicità li escluda dall'ambito di applicazione del Codice degli appalti, l'opportunità di guadagno che essi offrono alla controparte dell'Amministra-*



zione esige che debbano stipularsi, mediante l'interpello del mercato e il confronto di offerte concorrenti nel rispetto, oltre che dei principi del risultato e della fiducia, di quelli di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità.

Non sussistendo un legame inscindibile tra il marchio del Festival della canzone italiana ed il format sello spettacolo, di titolarità rispettivamente del Comune di Sanremo e della Rai, il Comune di Sanremo conserva la facoltà di svolgere una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto la concessione dell'uso del marchio, l'organizzazione del Festival e l'affidamento dei diritti di trasmissione allo stesso soggetto contraente.

Poiché la caducazione delle Convenzioni conseguente all'annullamento delle relative delibere di approvazione comporterebbe effetti dirompenti e del tutto sproporzionati con riferimento alla 75<sup>a</sup> edizione, il loro l'effetto viene limitato alle delibere di approvazione delle Convenzioni ferma restando l'efficacia delle Convenzioni.

Il governo da parte del giudice amministrativo degli effetti delle sentenze costitutive di annullamento e la graduazione nel tempo dei loro effetti va ritenuto ammissibile nel quadro di atipicità rimediabile e contenutistica che permea la moderna struttura del processo amministrativo.

P.C.

Corte Costituzionale, 29 luglio 2024, n. 153 - Pres. Barbera - Rel. Sciarrone Alibrandi - Pres. Cons. Ministri (Avv. Stato Fedeli) c. Regione Liguria (Avv. Marini).

**CORTE COSTITUZIONALE - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - eccezione di inconferenza del parametro - eccezione attinente al merito e non al rito.**

(L. 87 del 1953, art. 23; Corte cost. sent. n. 69 del 2024).

**CORTE COSTITUZIONALE - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - individuazione delle disposizioni impugnate, anche interposte, e dei parametri costituzionali - onere di una motivazione non meramente assertiva.**

(L. 87 del 1953, art. 23; Corte cost. sent. n. 82 del 2024).

**SANITÀ - disciplina dell'attività libero-professionale intramuraria dei dirigenti sanitari - iscrizione della materia in via prevalente alla tutela della salute - esigenze di uniforme trattamento sul territorio nazionale vincolanti per tutte le regioni.**

(Cost. artt. 3 e 117, comma 3 ; art. 1, comma 4, della legge n. 120 del 2007)

**SANITÀ - disciplina dell'attività libero-professionale intramuraria dei dirigenti sanitari - divieto del suo esercizio in strutture private accreditate dal Servizio sanitario nazionale- pericolo di incrinamento della funzione ausiliaria che tali strutture sono chiamate a svolgere - violazione del principio generale della materia di esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti sanitari.**

(Cost. artt. 3 e 117, comma 3; art. 1, comma 4, della legge n. 120 del 2007; legge reg. Liguria n. 20 del 2023, art. 47)

**SANITÀ - Regione Liguria - disposizioni in materia di libera professione intramuraria della dirigenza sanitaria - possibile esercizio anche in strutture private accreditate dal servizio sanitario nazionale - violazione del principio di esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti sanitari - Illegittimità.**

(Cost. artt. 3 e 117, comma 3; art. 1, comma 4, della legge n. 120 del 2007; legge reg. Liguria n. 20 del 2023, art. 47)

Attiene solo alla sede del merito e non al vaglio preliminare di ammissibilità della questione di costituzionalità l'eccezione di inconferenza del parametro.

Nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale il ricorrente ha l'onere di indicare le ragioni del contrasto con i parametri evocati, attraverso una sia pur sintetica argomentazione di merito a sostegno delle censure, nonché di individuare le specifiche disposizioni statali interposte che si assumono violate.

Va ascritta alla materia (di competenza concorrente) della tutela della salute la disciplina dell'attività libero-professionale intramuraria dei dirigenti sanitari.

Costituisce espressione del principio generale della materia l'esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti sanitari il divieto di esercizio professionale in strutture private accreditate dal Servizio sanitario nazionale.

È illegittima la legge della Regione Liguria n. 20 del 2023 in quanto, in violazione del principio di esclusività, consente l'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria dei dirigenti sanitari anche nelle strutture sanitarie accreditate.

P.C.

Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la regione Liguria, 29 agosto 2024, n. 78 - Pres. e Est. Rosati - P.M. Desi, X (Avv.ti Rajola e Di Sibio), Y (Avv. Littardi).

**CORTE dei conti - responsabilità amministrativo-contabile - intercettazioni telefoniche in sede penale - valenza di prova nel processo giuscontabile - inammissibilità.**

(Cost. artt. 15, 24 e 111; codice giustizia contabile art. 4; c.p. artt. 266 ss.)

**CORTE dei conti - responsabilità amministrativo-contabile - comunicati del Presidente ANAC - assenza di efficacia vincolante.**

(D.lgs. 50/2016, art. 63; Comunicato del Presidente ANAC del 14 settembre 2016; Ord. T.A.R. Umbria, Sez. I. 31 maggio 2017, n. 428)

La trasmigrazione delle intercettazioni ex artt. 266 e ss. del codice di procedura penale nel processo giuscontabile deve ritenersi, in linea di massima, inammissibile e lesiva degli artt. 15, 24 e 111 della Costituzione, nonché dell'art. 4 del codice di giustizia contabile.

I comunicati del Presidente dell'ANAC, diversamente da determinate Linee guida dello stesso organismo, sono pareri atipici e privi di efficacia vincolante.

L.T.

# Documenti

## *Migranti climatici: quid iuris?*

**Pasquale Costanzo**

*Emerito di Diritto costituzionale  
nell'Università di Genova*

**Sommario:** 1. *Premessa.* - 2. *I migranti climatici nel quadro del fenomeno migratorio. Il quadro regolativo internazionale.* - 3. (segue) *L'Unione europea.* - 4. *Un fondamento giuridico per la protezione dei migranti climatici. Le proposte teoriche.* - 5. (segue) *Il quadro giurisprudenziale internazionale.* - 6. *Quid iuris nell'ordinamento italiano?* - 7. *Indicazioni bibliografiche di base (dottrina italiana).*

### 1. Premessa.

Nel corso della storia, il diritto è stato sempre in stretta dialettica con la natura. Mentre la scienza e la tecnologia irregimentavano le forme di vita e le fonti di energia, il diritto ne determinava lo statuto e parcellizzava la disponibilità di ogni cosa attribuendone la proprietà.

Anche delle variazioni del clima si è dovuto tenere conto, modificando abitudini e stili di vita soprattutto su vasto raggio. Se, pertanto, il problema del clima è oggi sul tappeto, nondimeno non si tratta, di per sé, di un fatto inedito.

Nell'Europa del XIX secolo, i mutamenti climatici hanno causato carestie e indigenza, determinando ondate migratorie tra il sud ovest della Germania e gli Stati Uniti.

Del resto, se tutto l'Ottocento è stato un periodo di rivoluzioni, guerre e povertà, esso ha sofferto anche di notevole variabilità climatica. Come è stato detto: "La catena di effetti è chiaramente visibile: le cattive condizioni climatiche hanno portato a scarsi raccolti, all'aumento dei prezzi dei cereali e infine all'emigrazione".

Risalendo ancora più indietro nel tempo, è appurato che il Sahara fu costellato di laghi e fiumi, zone verdi e paludose, ospitando uomini e animali. A partire dal 1200 a.C., le precipitazioni iniziarono, però, a diminuire e il paesaggio si trasformò in quel deserto che oggi conosciamo.

Come è stato argutamente rilevato, i romani ebbero un grande impero, ma soprattutto una notevole fortuna climatica. Fra il 500 a. C. e il 500 d. C. il clima in Europa fu assai mite. "Se nell'immaginario collettivo i romani sono sempre vestiti in toga e sbracciati, non è solo uno stereotipo, è che proprio faceva più caldo".

Nel nord Europa fra IV e V secolo d.C., le temperature cominciarono, però, a scendere vorticosamente e la situazione si fece drammatica, tanto che le popolazioni barbare del Nord Europa furono costrette a cercare insediamenti più caldi. Come si sa, sotto l'impeto di queste migrazioni, l'Impero Romano d'Occidente ebbe fine. Studiosi hanno, peraltro, collegato a condizioni climatiche avverse anche il crollo di altre antiche civiltà, come i Maya nell'area meridionale del Messico e la dinastia T'ang in Cina.

La ripresa agricola e demografica dell'anno 1000 è stata, anch'essa, legata al fatto che, a partire dall'800 d.C., le temperature in Europa avevano cominciato ad aumentare per poi restare alte fino alla cosiddetta piccola glaciazione destinata

a durare, in Europa e nel Nord America, dal 1300 al 1850. In questa lunga fase, si sono verificati grandi sconvolgimenti sociali, politici ed economici. Anche il freddo, come è stato riconosciuto, ha condotto alla riorganizzazione degli Stati, centralizzando la raccolta delle tasse e sovvenzionando imprese mercantili in momenti in cui per motivi climatici l'agricoltura si trovava in crisi. Rispetto alla proprietà terriera, la nuova ricchezza della finanza e del commercio sarà meno legata ai disastri climatici.

Dal 1850 le temperature hanno cominciato a risalire, ma è dal 1950 che si è assistito ad un'accelerazione del fenomeno. Se, dunque, già in passato ci sono verificati cambiamenti climatici, la crisi attuale presenta, però, elementi nuovi, legata, come sembra, non a fattori indipendenti dall'agire umano, ma a cause innanzi tutto antropiche.

A partire dagli inizi del 1900, le emissioni di gas serra nella atmosfera dovute alle fabbriche, all'industrializzazione, alla produzione di energia, hanno determinato la svolta. Sul clima gli effetti dell'attività umana, esercitata, peraltro, quasi sempre sotto l'ombrello del diritto, si sono avvertiti in dipendenza di un'industrializzazione selvaggia e di un capitalismo predatorio. Si discute, quindi, oggi, con giustificato allarme, di un cambiamento climatico dagli effetti non del tutto prevedibili (ma verosimilmente nefasti): tra questi effetti, potrebbe esserci nuovamente la necessità di spostamenti massicci di popolazioni tra un continente e l'altro alla ricerca di una migliore vivibilità, appunto, climatica. In particolare, secondo la Banca Mondiale, entro il 2050, fino a 143 milioni di persone, che attualmente vivono nei paesi dell'Africa subsahariana, dell'Asia meridionale e dell'America Latina, potrebbero muoversi forzatamente.

Anche le emergenze "secondarie" hanno effetti rilevanti sulle migrazioni ambientali, poiché le conseguenze di un evento climatico estremo si manifestano nel medio-lungo periodo. Ad esempio, non è raro che i flussi migratori siano influenzati dalle poche prospettive occupazionali dopo un disastro o dall'accessibilità di un mercato che non esiste più. Inoltre, nelle aree in cui vige scarsa stabilità politica e alta instabilità socioeconomica, le conseguenze di una crisi ambientale non fanno che aumentare le criticità della regione, aggravando così una situazione preesistente già complessa da gestire.

L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) considera, pertanto, il cambiamento climatico, e, di conseguenza, il fenomeno dei migranti climatici, una delle principali sfide del XXI secolo.

### 2. I migranti climatici nel quadro del fenomeno migratorio. Il quadro regolativo internazionale.

Ma come si definisce esattamente un migrante climatico?

Già concettualmente non v'è unanimità di vedute: circostanza che in aggiunta, come vedremo, alla pratica anomia del fenomeno fa del migrante climatico una figura estremamente vulnerabile.

Alcuni studiosi parlano di profughi ambientali o climatici, altri di rifugiati ambientali, altri ancora adottano il termine di migranti climatici o ambientali.

Per classificare queste persone, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) ha proposto la seguente defi-

nizione: “I migranti climatici sono persone o gruppi di persone che, per motivi impellenti di cambiamenti improvvisi o progressivi dell’ambiente che influiscono negativamente sulla loro vita o sulle loro condizioni di vita, sono costretti a lasciare le loro case abituali, o scelgono di farlo, temporaneamente o permanentemente, e si spostano all’interno del loro paese o all’estero”.

Le organizzazioni delle Nazioni Unite, tuttavia, hanno espresso il loro dissenso in merito all’utilizzo del termine rifugiato climatico, in quanto “rifugiato” fa riferimento a una precisa categoria giuridica individuata dall’art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951, designando coloro che sono costretti a lasciare il proprio paese a causa di persecuzioni per motivi di razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per le loro opinioni politiche. Né il Protocollo supplementare del 1967 relativo allo *status* di rifugiato effettua qualche riferimento alle vittime del degrado ambientale.

Sarebbe, insomma, evidente che la categoria dei rifugiati ambientali è esclusa dalla protezione internazionale, per motivi sia letterali in quanto non menzionati, sia sistematici poiché la protezione accordata risulta collegata ad una qualche persecuzione, sia ancora storici dal momento che, quando tale protezione venne accordata, le spinte migratorie avevano ragioni diverse da quelle che qui interessano.

Ci si muove, pertanto, per il momento, soprattutto a livello di dichiarazioni di principio.

Fu il Rapporto pubblicato dal Gruppo intergovernativo di esperti sul cambiamento climatico nel 1990 a suggerire, per la prima volta, l’esistenza di un nesso tra tale cambiamento e migrazioni, stimando che entro il 2050 circa 150 milioni di persone sarebbero state costrette a spostarsi a causa di desertificazione, scarsità d’acqua, alluvioni e uragani.

Uno dei primi strumenti internazionali in cui è stato, però, possibile individuare una chiara correlazione tra i danni all’ambiente naturale e le conseguenze migratorie è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Desertificazione del 1994, che, nel suo preambolo, afferma che “la desertificazione e la siccità compromettono lo sviluppo sostenibile vista la correlazione esistente tra questi fenomeni e importanti problemi sociali come la povertà, una inadatta situazione sanitaria e nutrizionale e l’insicurezza alimentare, nonché quelli risultanti da migrazioni, spostamenti di popolazioni e dinamiche demografiche”. Tuttavia, pur riconoscendo questa relazione, la Convenzione non fornisce alcuna protezione per le persone che migrano a causa della desertificazione.

Il problema delle migrazioni climatiche è stato, pertanto, in concreto affrontato, seppur embrionalmente, nel dicembre del 2010, negli Accordi di Cancún, da parte della sedicesima Conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), in cui gli Stati interessati hanno preso atto che la migrazione indotta dai cambiamenti climatici costituisce una sfida che necessita di azioni di cooperazione e ha invitato a prendere “misure volte a migliorare la comprensione, il coordinamento e la cooperazione in materia di spostamenti di popolazioni indotti da cambiamento”.

Un ruolo più concreto va riconosciuto alla cd. Iniziativa Nansen, ossia un progetto intergovernativo, lanciato nel 2012 da Svizzera e Norvegia e conclusosi nel 2015, e destinato a colmare le “lacune” della Convenzione del 1951, fornendo agli Stati gli strumenti per prepararsi ad affrontare le sfide della migrazione dovuta proprio ai gravi effetti dei cambiamenti climatici.

La Dichiarazione di New York su rifugiati e migranti, adottata il 19 settembre 2016 durante la settantunesima sessione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ha formalmente riconosciuto l’impatto dei cambiamenti climatici e ambientali quali fattori significativi nelle migrazioni forzate o volontarie, notando al contempo quanto anche le migrazioni possano influire sull’ambiente.

Nella ventiquattresima Conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) del 2018 tenutasi a Katowice, è stata sottolineata l’importanza di implementare l’Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015 e di adottare misure concrete per ridurre le emissioni di gas serra, al fine di mitigare gli impatti climatici che spingono le persone a migrare.

Successivamente, il Global Compact per una migrazione sicura, ordinata e regolare, adottato nel dicembre 2018 a Marrakech sotto l’egida delle Nazioni Unite (si noti: con l’astensione dell’Italia), anche se non giuridicamente vincolante, ha affrontato il problema delle migrazioni indotte dal cambiamento climatico e ha sollevato la questione della protezione dei migranti climatici.

Ciò che, tuttavia, finora, è sembrato maggiormente ostacolare il raggiungimento di un accordo internazionale realmente operativo è la natura multifattoriale della migrazione, ossia il fatto che, a causa della natura cumulativa degli effetti del cambiamento climatico e dell’esistenza di precedenti condizioni di vulnerabilità, tra cui povertà, tensioni sociali e conflitti, si ritiene arduo determinare quando il cambiamento climatico costituisca l’esclusiva ragione delle migrazioni.

### 3. (segue). L’Unione europea.

Anche nell’Unione Europea si è prestato attenzione al problema dei migranti ambientali.

A parte la circostanza che l’Unione europea, già di per sé, è in qualche modo coinvolta in quasi tutte le iniziative già elencate, è con l’iniziativa del *Green Deal* europeo (COM(2019) 640 *final* dell’11.12.2019), che la Commissione europea ha cominciato a riconoscere in via diretta i cambiamenti climatici come fattore scatenante della migrazione.

Nel 2020, poi, lo studio effettuato per la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo ha raccomandato “politiche dell’UE lungimiranti in materia di asilo e migrazione, che tengano conto dei cambiamenti climatici e delle catastrofi naturali unitamente ad altre sfide emergenti, riconoscendo che esistono diverse strade percorribili per rispondere alle necessità delle persone coinvolte nelle migrazioni e negli sfollamenti indotti da fattori ambientali. Una di queste strade consiste nel concepire una strategia volta a fornire soluzioni alle richieste di protezione presentate in Europa legate ai cambiamenti ambientali”.

Difettano, tuttavia, a tutt’oggi a livello eurounitario norme volte a riconoscere specificamente e a tutelare la posizione dei soggetti costretti a migrare per la presenza, nel proprio territorio, di eventi naturali disastrosi. Tali previsioni - come si è sostenuto - avrebbero potuto essere ricomprese nell’ambito del Patto sulla migrazione e l’asilo presentato il 23 settembre 2020, facendo rientrare i disastri ambientali nella nozione di evento di forza maggiore a determinare un afflusso massiccio di sfollati. Ma anche in tale sede la figura del soggetto migrante climatico non è stata presa in considerazione. Nella sua risoluzione del 15 giugno 2023, il Parlamento europeo ha chiesto che il 15 luglio fosse designato come giornata per le vittime della crisi climatica globale al fine di sensibilizzare l’opinione pubblica sulle vite umane perse e



sulla crisi umanitaria causata dai cambiamenti climatici. Sebbene molti paesi in via di sviluppo avessero esortato l'UE a concedere ai migranti climatici lo *status* di rifugiati, i singoli Stati membri dell'UE non hanno sostenuto l'idea.

#### 4. Un fondamento giuridico per la protezione dei migranti climatici. Le proposte teoriche.

Per ulteriore aspetto, guardare alle migrazioni ambientali solleva in controluce anche la questione delle potenziali destinazioni migratorie e, con esse, delle aree che potrebbero trarre profitto dal cambiamento climatico.

A stare alle stime del Comitato consultivo scientifico del governo tedesco, il ricco Nord del pianeta, principale responsabile del cambiamento climatico, sarà probabilmente poco o per niente influenzato dalla migrazione nel Sud globale a causa dei cambiamenti ambientali, perché la maggior parte di questi movimenti rimarrà su piccola scala o si verificherà come migrazione sud-sud.

Come è stato, inoltre, documentato, la migrazione a causa di condizioni climatiche avverse contribuisce ad aumentare una posizione anti-migrazione già esistente, in cui molte delle persone che si spostano sono spesso viste come un problema da affrontare.

Più si parla, poi, in proposito, di 'migrazione di massa', più si permette alle persone già impaurite ed intimorite da tali fenomeni di consolidare l'idea che abbiamo bisogno di essere protetti dalle persone che si spostano, anche se non ci siamo mai assunti alcuna responsabilità per le cause per cui potrebbero spostarsi.

È, pertanto, notevole che uno degli Stati maggiormente implicati nel fenomeno del riscaldamento globale, ossia gli Stati Uniti, abbia mostrato una certa sensibilità al riguardo.

Il Presidente Joe Biden, a differenza di Donald Trump che si è mostrato non sorprendentemente negazionista sul tema, ha, infatti, firmato, nel febbraio del 2021, l'Ordine Esecutivo 14013, "Ricostruzione e potenziamento dei programmi di reinsediamento dei rifugiati e pianificazione dell'impatto del cambiamento climatico sulla migrazione". A partire da quest'Ordine è nato il rapporto realizzato dal Consigliere per la Sicurezza Nazionale della Casa Bianca sul cambiamento climatico e il suo impatto sulle migrazioni, pubblicato nell'ottobre del 2021, che contiene una serie di strumenti per cercare di far fronte al fenomeno, pur se, come si legge nel rapporto, gli attuali livelli di finanziamento, la struttura e il coordinamento dell'assistenza estera degli Stati Uniti sono ritenuti inadeguati per affrontare la sfida della migrazione e dello sfollamento legati al clima. Da questo punto di vista il rapporto sottolinea come sarebbe fondamentale ampliare l'accesso alla protezione, rafforzando l'applicazione dei quadri di protezione esistenti.

Proprio in quest'ultima direzione possono, peraltro, collocarsi talune proposte teoriche e qualche caso giudiziario.

Data, infatti, l'assenza, come già ricordato, di un quadro giuridico specifico per la protezione dei migranti climatici, è stata esplorata la strada della protezione sussidiaria derivante da strumenti internazionali e regionali per la tutela dei diritti umani sul presupposto che gli effetti del cambiamento climatico sull'ambiente compromettono appunto il godimento di tali diritti: in particolar modo, del diritto alla vita, alla salute, ad un tenore di vita adeguato, che, a sua volta, implica l'accesso all'acqua, a cibo di qualità e all'alloggio.

Ora, anche a prescindere dalla specifica questione dei migranti climatici, una correlazione tra la salubrità dell'ambiente e il godimento dei diritti umani era stata individuata fin dal

1968 nel testo della Risoluzione 45/94 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ed è stata ribadita nel 1972 in occasione della Conferenza ONU sull'ambiente umano nella cd. Dichiarazione di Stoccolma e successivamente in altre Risoluzioni dell'ONU.

Dal 2007, in occasione della tredicesima Conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) tenutasi a Bali, si è cominciato a concepire il cambiamento climatico stesso come una questione di diritti umani; mentre dal 2017 il Consiglio dei Diritti Umani dell'ONU ha riconosciuto le implicazioni che il cambiamento climatico ha sui diritti in questione durante le fasi della migrazione. Inoltre, ai sensi della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, gli Stati parti devono agire in modo appropriato per combattere le malattie e la malnutrizione "fornendo alimenti nutrienti adeguati e acqua potabile pulita, tenendo conto dei pericoli e dei rischi dell'inquinamento ambientale" (art. 24, comma 2, lett. c): diritti, questi, all'evidenza compromessi dal cambiamento climatico.

Ulteriori più specifici fondamenti ai fini della concessione della protezione sussidiaria sono rinvenuti nel diritto alla vita, sancito dall'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 e dall'art. 6 della Convenzione internazionale dei diritti civili e politici del 1966, e nel divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti recato, anch'esso, dall'art. 7 di tale Convenzione e dall'art. 3 della Convenzione contro la tortura del 1984.

Il vantaggio principale della protezione sussidiaria riguarderebbe il fatto che, contrariamente al quadro sui rifugiati, non sarebbe richiesta la prova di un nesso di causalità diretta tra gli effetti dei cambiamenti climatici e la violazione dei diritti umani. Inoltre, non si richiederebbe l'individuazione di un attore, statale o non statale, che abbia perpetrato una persecuzione nei confronti degli individui richiedenti protezione internazionale.

Per contro, l'efficacia della protezione sussidiaria per i migranti climatici sarebbe fortemente limitata dagli standard molto elevati sul grado di severità e imminenza della violazione, che spesso non si verificano nel contesto delle migrazioni climatiche.

#### 5. (segue). Il quadro giurisprudenziale internazionale.

Dalla teoria alla pratica, la strada si sta, però, dimostrando non tanto agevole.

Ulteriori spunti sono offerti dal quadro giurisprudenziale attinente alla più generale responsabilità per cause afflittive di origine naturale. Infatti, in assenza di casi specificamente legati alla migrazione climatica, quelli di non respingimento con una base medica sono stati ritenuti un indicatore realistico dei requisiti in base ai quali ci si può aspettare protezione dai tribunali. Tuttavia, nel caso *N v. United Kingdom* del 2008, è stata considerata eccessiva la soglia di pericolo necessaria per ritenere violato l'art 3 della Convenzione EDU: la Camera dei Lords [2005] UKHL 31 non aveva creduto sufficientemente eccezionale da giustificare la sospensione del respingimento la situazione in cui versava una cittadina ugandese affetta da HIV/AIDS curabile nel paese di origine in maniera non del tutto equivalente al paese ospite. La Corte di Strasburgo invocata dalla cittadina ugandese ha confermato la decisione assumendo che l'art. 3 in questione non impone agli Stati contraenti l'obbligo di alleviare tali disparità fornendo assistenza sanitaria gratuita e illimitata a tutti gli stranieri che non hanno il diritto di soggiornare all'interno della loro giurisdizione, pena l'adossamento di un onere eccessivo ai medesimi Stati.

Il ruolo delle argomentazioni basate sui diritti umani si è dimostrato più fruttuoso in altri casi innovativi, tra cui emerge, *Urgenda c. Governo olandese* (2019), il primo caso di responsabilità civile in materia di clima avviato con successo per violazione dei diritti umani contro un governo, non avendo questo raggiunto gli obiettivi minimi di riduzione delle emissioni di carbonio stabiliti da esperti e scienziati, mettendo così in pericolo i propri cittadini ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (articoli 2 e 8). Allo stesso modo, nel 2020 gli *Amici dell'Ambiente Irlandese (FIE)* hanno vinto una causa contro il governo irlandese, venendo stabilito che il piano nazionale di mitigazione del governo era illegale perché non rispettava i requisiti di una precedente legge sul clima. Nel settembre 2022, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha ritenuto l'Australia colpevole di non aver protetto le popolazioni indigene dell'isola di Torres dalle conseguenze già esistenti del cambiamento climatico. Con la lenta sommersione dell'isola, si è statuito che il diritto fondamentale della popolazione insulare di essere libera da interferenze nella propria vita privata e nella propria cultura era stato violato.

Ancor più clamore ha destato, però, il caso *Ioane Teitiota*, in cui il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite aveva riconosciuto, il 24 ottobre 2019, che il rimpatrio forzato di una persona in un luogo in cui la sua vita sarebbe a rischio a causa degli effetti negativi del cambiamento climatico può violare il diritto alla vita. Esauriti, infatti, tutti i ricorsi interni, il signor Teitiota si è rivolto al Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite in virtù dell'articolo 5 del Protocollo opzionale al Patto internazionale sui diritti civili e politici, sostenendo che, respingendo lui e la sua famiglia a Kiribati, dove il cambiamento climatico ha contribuito all'innalzamento del livello del mare, all'erosione del suolo necessario per le coltivazioni e gli insediamenti, all'aumento delle inondazioni e alla contaminazione delle già scarse fonti di acqua potabile, la Nuova Zelanda aveva violato, appunto, il suo diritto alla vita, riconosciuto dall'articolo 6 del Patto stesso.

Il Comitato ONU, dunque, con lo stabilire che il degrado ambientale può compromettere il godimento effettivo del diritto alla vita, ha esteso il principio di *non-refoulement* anche ai rifugiati climatici, costituendo un precedente giurisdizionale di rilievo.

Per altro verso, però, la decisione ha ulteriormente messo in evidenza sia le lacune nel sistema di protezione internazionale, sia la necessità di adottare una normativa internazionale *ad hoc* per coloro che sono costretti a fuggire poiché minacciati dai disastri ambientali, prevedendosi una adeguata, conseguente, protezione legislativa a livello internazionale.

## 6. *Quid iuris* nell'ordinamento italiano?

Diciamo subito che l'Italia non diverge granché dalle esperienze prima descritte, nel senso che, anche da noi, manca ancora una tutela specifica per i migranti climatici. Addirittura: per effetto del succedersi delle diverse sensibilità in sede politica e normativa anche il generale contesto della protezione dei migranti è venuto indebolendosi.

Come è stato ben ricostruito, la protezione umanitaria, quale *tertium genus* accanto allo status di rifugiato ed alla protezione sussidiaria, a seguito del d.l. n. 20 del 2023, conv., con modif., nella l. n. 50 dello stesso anno, può al momento confermarsi espunta dal sistema italiano.

Ha perso, pertanto, fondamento anche la congettura che tale tipo di protezione potesse costituire, in difetto della legge di attuazione prevista nell'art. 10, comma 3, Cost., una delle forme dell'asilo costituzionale. D'altro canto, anche situazioni

più nette quali il diritto alla vita privata e familiare ed il profilo dell'integrazione sociale sono sparite dal radar del legislatore (l'art. 7 del d.l. precitato ha abrogato il terzo periodo dell'articolo 19, comma 1.1, del Testo unico sull'immigrazione di cui al d.lgs. n. 286/1998).

Anche se non si può qui prestare la necessaria attenzione ad una vicenda seguita da commenti orientati favorevolmente verso un ampliamento delle forme di protezioni dei migranti e da "sortite" giurisprudenziali dello stesso segno, risulta impossibile non ricordare almeno la sentenza 9 marzo 2021, n. 5022, della Cassazione, in quanto parsa avere aperto la via al riconoscimento giuridico dei migranti ambientali e all'applicazione della protezione umanitaria.

La decisione incentivata, all'evidenza, dagli avanzamenti interni (articoli 19 e 20 del Testo Unico sulla immigrazione, come modificati dal decreto legge Lamorgese del 2020) ed internazionali nel particolare settore è stata preceduta dalle sentenze della stessa Cassazione n. 7832/2019 (che ha riconosciuto almeno sul piano teorico il rilievo del disastro climatico ai fini della protezione umanitaria) e n. 2563/2020 (per cui gli effetti negativi di ripetute alluvioni devono comunque essere indagati per verificare se queste, in concorso con altri elementi, siano "configurabili come calamità che non consentono il rientro nel Paese di origine e la permanenza in condizioni di sicurezza").

Con la decisione del 2021, dunque, la Suprema Corte ha accolto il ricorso presentato da un cittadino nigeriano la cui richiesta di protezione internazionale era stata respinta in primo grado. La richiesta di asilo era stata motivata dall'esistenza di una situazione di dissesto ambientale nella regione del delta del Niger, provocata dall'attività delle compagnie petrolifere: il giudice di primo grado non aveva ritenuto tali circostanze sufficienti a dimostrare l'esistenza di una «situazione di pericolo», tale da giustificare il riconoscimento della protezione umanitaria.

Secondo la Cassazione, invece, il pericolo per la vita individuale che rileva ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria non deve necessariamente derivare da un conflitto armato, ma può dipendere anche da altre condizioni socio-ambientali comunque riferibili all'azione dell'uomo, avendo riguardo alla sussistenza, in concreto, di una condizione idonea a ridurre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione dell'individuo al di sotto della soglia minima ineliminabile.

Ma, come si è anticipato, questo segnale giurisprudenziale è stato spento sul nascere dal decisore politico intenzionato a chiudere ogni spazio per interpretazioni ritenute eccessivamente avanzate.

Più di recente, però, un altro fronte sembra essersi aperto nella battaglia per il riconoscimento della protezione internazionale ai migranti climatici. Da qualche parte si ritiene, infatti, che il novellato art. 9 Cost., specie in combinazione con l'art. 2 Cost., in quanto generatore di un diritto ad un ambiente che garantisca condizioni compatibili con la vita, possa sostenere quella protezione, una volta appurato che tale diritto sia stato conculcato nel Paese di origine a causa del clima sfavorevole. Con l'aggiunta che, essendo in gioco un diritto fondamentale, un simile diritto dovrebbe essere riconosciuto in ogni caso, senza neanche la necessità della prova di aver raggiunto, il soggetto interessato, un determinato livello di integrazione sul territorio italiano.

A parte il comprensibile intento, tale posizione sembra, tuttavia, dover passare attraverso una difficile ricostruzione ermeneutica.

Sicché sembra giocoforza ammettere come sia arduo rinvenire nella trama costituzionale una base diretta per regolare un fenomeno peraltro abbastanza recente, anche se una qualche disciplina idonea, se non a prescrivere, almeno a legittimare una disciplina di protezione dei migranti climatici o di contrasto alle cause generatrici del fenomeno in parola potrebbe essere rinvenuta nella protezione ormai diffusamente accordata all'ambiente (di cui la persona umana indubbiamente è protagonista) dalla Carta repubblicana (argom. ex artt. 9, comma 3; 41, commi 2 e 3; 117, comma 2, lett. s)). Una via più pervia per imporre, invece, forme di accoglienza potrebbe essere l'adozione della tanto attesa legge attuativa dell'art. 10, comma 3, Cost., in quanto reputata idonea a determinare in concreto quali siano le situazioni che, impedendo l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana nel paese di provenienza, aprirebbbero ai migranti in discorso la fruizione del diritto all'asilo; od ancora la promozione a livello europolitano di accordi di protezione specifica ex art. 63 del Trattato di Lisbona, che attribuisce all'Unione europea lo sviluppo di una politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al Protocollo 31 gennaio 1967 e agli altri trattati pertinenti, a cui l'Italia si vincolerebbe ex art. 117, comma 1, Cost. Ma, anche al di là di simili richiami testuali, non potrebbe trascurarsi il più generale obbligo derivante dal disegno costituzionale nazionale e gravante in capo all'Italia di protezione della persona umana cui consegue, come è stato efficacemente affermato, l'ulteriore onere per lo Stato di dare il proprio fattivo concorso con altri Stati ed organizzazioni in genere per la risoluzione dei problemi esistenziali delle persone maggiormente vulnerabili ed esposte ovunque si trovino, anche e soprattutto in Paesi distanti dal nostro ed afflitti da guerre, carestie e da quant'altro non consenta di condurre una esistenza "libera e dignitosa". È, tuttavia, evidente quali siano per tali traguardi gli *enjeux* politici che dovrebbero essere innescati: ciò che non lascia presagire soluzioni, almeno a breve termine. Resta, tuttavia, da richiamare l'attenzione sulla circostanza, singolarmente poco valorizzata, per cui l'art. 20, comma 1, del T.U. sull'immigrazione, consentirebbe, con speciale

d.p.c.m., di stabilire, nei limiti delle risorse preordinate allo scopo, misure di protezione temporanea da adottarsi, anche in deroga a disposizioni dello stesso T.U., per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione non solo di conflitti, ma anche di disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione Europea.

Ciò che, visto la precarietà del quadro internazionale, europeo ed interno, può costituire già qualche punto fermo.

## 7. Indicazioni bibliografiche di base (dottrina italiana).

P. Alferj, A. Favazzo, *Dentro il cambiamento climatico, popolazioni in movimento*, in *Equilibri*, 2017, 123

P. Bonetti, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, in *Lexambiente*, 2, 2021, 48

A. Brambilla, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordine giuridico europeo e nazionale?* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2017, 1

A. Ciervo, *I rifugiati "ambientali". Una nuova categoria giuridica di richiedenti asilo?* in *Rivista critica di diritto privato*, 2018, 453.

C. Panzera, *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto di asilo*, in *Quaderni costituzionali*, 2022 809

A. Pasini, G. Mastrojeni, *Effetto serra, effetto guerra: Il clima impazzito, le ondate migratorie, i conflitti. Il riscaldamento globale, i ricchi, i poveri*. Nuova ediz., Milano, 2020

F. Perrini, *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastro ambientale nel recente orientamento della Corte di cassazione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 349

É. Piguet, *Migrazione, ambiente, cambiamento climatico: una visione complessiva*, in *Equilibri*, 2017, 11

A. Ruggeri, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine*, 2017/II, 364 ss.;

C. Scissa, *La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 giugno 2021, 135

A. Stevanato, *I migranti ambientali nel decreto-legge n. 20 del 2023. Che cosa resta della loro protezione?* in *Corti supreme e salute*, 2023, 1.



# Recensioni

*Natura e Sentimento nel Diritto.*

LARA TRUCCO

Mimesis, 2024, pp. V-218

Il libro si presenta fin dall'inizio non come un testo di Diritto in senso tradizionale, ma come una riflessione che fonde argomenti giuspubblicistici storici, teorici e ricostruttivi con altri diversi temi di taglio sociologico, scientifico e ampiamente culturale, tanto che l'autrice stessa suggerisce di discorrere di una sorta di "zibaldone". Il tema unificatore ruota intorno all'interrogativo se sia possibile stare insieme a prescindere da una qualche norma giuridica. È dunque possibile, o comunque utile, distinguere lo "stare insieme" spontaneo dal "far stare insieme" imposto? Questi gli interrogativi costituiscono il punto di partenza della trattazione, che si sviluppa in sei capitoli in cui, dopo un'analisi del relativo retroterra storico e ambientale, l'Autrice esplora diverse modalità e forme di convivenza umana. Più nello specifico, nel primo capitolo, intitolato "Umanità", la *Domus* viene individuata come il nucleo primordiale delle prime forme di convivenza strutturata. Considerandosi dipoi la *Polis* greca e lo sviluppo dell'*Urbs* romana, l'analisi sottolinea il ruolo cruciale del linguaggio, della scrittura e delle costruzioni simboliche, nonché della stessa "finzione giuridica", per l'organizzazione delle interazioni sociali e della vita collettiva. In questo contesto, la Costituzione - ed in particolare l'*unicum* della Costituzione di Atene - rileva come uno dei momenti più significativi nella creazione di un ambiente prospero di coesistenza pacifica, integrando sia la dimensione giuridica sia l'*idem sentire de re publica* in senso "ambientale". Nel secondo capitolo è lo "Stato" moderno, in quanto struttura fondamentale, negli ultimi secoli, per l'organizzazione della convivenza civile, ad essere indagato. L'Autrice evidenzia, in particolare, la tensione tra i sistemi legali, di cui le entità statali sono artificiosamente composte ed innervate, e la sfera dinamica sociale che, in quanto cuore pulsante della convivenza, plasma i bisogni e i valori della comunità. Da cui il ruolo cruciale che è chiamata a svolgere la mente politica nel reperire e mantenere stati di equilibrio al possibile armoniosi e duraturi. Peraltro le tensioni tra naturale e artificiale, sentimentale e razionale, impulsi istintivi e calcolo ragionato... e, in ultima analisi, tra il mondo fisico e quello giuridico-culturale, si manifestano già nel modo più spontaneo ed elementare di stare insieme, ossia la coppia, a cui è dedicato il terzo capitolo, intitolato "Convivenze". Qui viene tracciato il percorso che porta lo stato di coppia, come unità relazionale primaria, allo stato familiare, passando per la famiglia naturale. In questo quadro, l'identità individuale gioca un ruolo cruciale nel bilanciare la vita naturale e quella giuridica di ciascuna persona nell'ambito del contesto riguardato. Anche altri gruppi umani tendono a strutturarsi, evolvendo da semplici assembramenti ed aggregazioni anonime a forme sociali via via più complesse, fondate su legami reciproci e emotivi, fino a raggiungere stati nascenti dotati di una certa stabilità giuridica. È il tema svolto nel quarto capitolo, che indaga le relazioni tra individui e "Gruppi", seguendo un ideale percorso da "stati nascenti" fino alla formazione di Stati unitari dotati di *summa potestas*, in cui passione e ragione alimentano variamente il desiderio e la convenienza a stare insieme. Viene sottolineata qui l'importanza di riconoscere e tutelare la dignità delle diverse manifestazioni della propensione umana a unirsi in "formazioni sociali", nella prospettiva di favorire la pace e la coesione tra individui e degli individui nello Stato, ed insieme l'armonia e il benessere dell'intera comunità. Obiettivo,

peraltro, tanto più avvertibile nell'epoca attuale, in cui va profilandosi il rischio di disgregazione non solo delle impalcature normative, ma degli stessi insiemi di persone. Come satelliti privi di orbite e centri gravitazionali, ci si ritrova, infatti, sovente soli e nudi dinnanzi a forme di governo - o meglio, di sistemi di *governance* - ed in balia di nuovi Leviatani. Il quinto capitolo, intitolato "Gaia", considera poi come il progressivo accentuarsi del distacco tra natura e umanità nel quadro dell'evoluzione giuridica dalle origini ad oggi sia risultato funzionale al raggiungimento di posizioni egemoniche dell'umana specie oltre che sul piano sociale anche nei rapporti con la Natura, incuranti del fatto che per stare "in salute" fondamentale ed imprescindibile è anche lo stato di salute dell'altro da sé. Rileva, in particolare, come nell'Antropocene, la necessità di rigenerazione ambientale e di tutela dei beni comuni richieda il superamento dei tradizionali schemi legali, con sforzi creativi in grado di grazie ad una rinnovata sensibilità ed all'innovazione tecnologica, di far stare il Diritto al passo con eventi di portata tanto ampia quanto accelerata, quali quelli che ci troviamo a vivere... e ad immaginare. L'ultimo capitolo, dal titolo: "Humanity Change", mette ulteriormente in luce la drammatica difficoltà dell'umanità a coesistere con la natura, riflettendo sullo stato precario in cui versa il mondo naturale a causa di eventi globali come il cambiamento climatico e le pandemie. Questi fenomeni segnalano un fallimento nelle relazioni tra uomo e ambiente, mentre sempre più sofisticate realtà androidi e umanoidi ridefiniscono i confini tra naturale e artificiale. Il che ci spinge a riflettere su di un futuro già presente in cui l'umanità è chiamata a confrontarsi con la propria stessa sopravvivenza. Come s'intende, quindi, il lavoro conduce il lettore a esplorare il tema della convivenza umana in una prospettiva ampia e multidisciplinare, dove il Diritto costituisce sì la trama centrale, ma senza monopolizzare l'analisi. Uno degli ingredienti più sapidi del saggio è quello di squadrare per un pubblico non solo di specialisti questioni di grande attualità e complessità, tra cui la necessità e l'urgenza di sincronizzare gli ordinamenti con le sfide globali (spec. tecnologiche e ambientali). Spinge verso questo obiettivo un confronto diaconico con il passato da cui vengono estratte indicazioni per il tempo presente e futuro e soprattutto orientamenti per un diritto "rigenerato", più aperto e dialogico, in grado di soddisfare le esigenze dell'ecosistema sociale ed ambientale. Attraverso una metodica, dunque, per così dire destrutturata, il libro mette in luce le tendenze che da sempre caratterizzano lo sviluppo giuridico ed effettuale delle forme di convivenza umana, esplorando il dualismo tra "ragione e sentimento". Il Diritto, così inteso, non è solo norma, ma anche sintesi dinamica tra la razionalità normativa e le aspirazioni umane più profonde. Questo approccio offre un'analisi giuridica originale che integra considerazioni politiche urgenti: in un mondo globalizzato e complesso, Diritto e Politica devono recuperare la capacità di essere strumenti dell'arte di "stare insieme," ritrovando il legame con la natura in gran parte eroso dalla modernità. L'opera si rivela così appropriata per chiunque sia interessato a una visione multidimensionale e pluridisciplinare dello "stato di cose", che non si limiti alla norma giuridica nel suo tecnicismo ma che, della stessa, rivaluti l'impatto "sociale" e più ampiamente "naturale" (e viceversa), in una prospettiva anche "intimista". Ne risulta un saggio stimolante e talvolta provocatorio che invita a riflettere sul perché la Politica e il Diritto debbono collaborare per sostenere una convivenza armoniosa all'alba del terzo millennio.

Alessandro Barca

## Sezione di diritto tributario

# Massimario

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 29 luglio 2024, n. 571 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

**ACCERTAMENTO - transfer pricing - onere della prova - metodo di determinazione del valore normale - metodo TNMM - fattispecie.**

*In materia di transfer pricing l'Amministrazione è tenuta a provare che le transazioni infragruppo sono avvenute ad un prezzo inferiore al valore normale mentre il contribuente è tenuto a dimostrare che le stesse transazioni sono avvenute a valori di mercato da considerarsi normali. Nel compiere tale verifica è possibile ricorrere al metodo "TNMM" che, in base alle Linee Guida dell'OCSE, comporta la scelta quale "tested party" del soggetto che svolge le funzioni più semplici e che non impiega nelle transazioni in esame, significativi beni immateriali o altri fattori produttivi unici.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 5 settembre 2024, n. 763 - Pres. Di Napoli - Rel. Morbelli.

**ACCERTAMENTO - credito di imposta - attività di "ricerca e sviluppo" - manuale frascati - contestazione dei requisiti ivi previsti - onere della prova - amministrazione finanziaria - incombenza.**

**ACCERTAMENTO - credito di imposta - attività di "ricerca e sviluppo" - estrema tecnicità del progetto trattato - richiesta di parere al MISE - necessità - mancanza - conseguenza.**

*Nel caso in cui l'Amministrazione recuperi un credito di imposta a seguito dell'avvenuto disconoscimento del carattere di "ricerca e sviluppo" del progetto realizzato dal contribuente, incombe sullo stesso Ufficio, ai sensi dell'art. 7, c. 5-bis, d.lgs. n. 546/1992, l'onere di provare in maniera puntuale l'assenza dei requisiti previsti dal "manuale di Frascati", tra cui quello della "novità" del relativo progetto, e ciò a maggior ragione nel caso di estrema tecnicità della materia trattata (quale, nella specie, quella afferente un'attività Attività di sviluppo precompetitivo a favore dell'individuazione, definizione e messa a punto di particolari accorgimenti tecnici per la realizzazione di nuove soluzioni informatiche capaci di gestire dati aventi caratteristiche completamente differenti tra loro).*

*Anche se l'art. 8 del D.m. 27 maggio 2015 configura in termini di facoltà, e non di obbligo, la richiesta di parere dell'Amministrazione al MISE, deve comunque ritenersi che, in una fattispecie caratterizzata da un elevato tecnicismo, l'assenza di tale parere comporti una carenza probatoria dell'Agenzia delle Entrate che conduce a ritenere infondata la sua pretesa.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 12 settembre 2024, n. 643 - Pres. Cardino e Rel. Bolognesi.

**ACCERTAMENTO - impugnazione - inammissibile - effetto - definitività dell'atto - autotutela - diniego - legittimità - interesse generale - inconfigurabilità.**

*È legittimo il diniego con cui l'Amministrazione rigetta l'istanza di autotutela del contribuente per la intervenuta definitività del-*

*l'atto di accertamento cagionata dalla tardiva costituzione del ricorrente nel giudizio di sua impugnazione. In tale caso, infatti, l'esercizio del potere di autotutela costituisce un mezzo di tutela del contribuente, sostitutivo dei rimedi giurisdizionali, non supportato da un interesse generale che potrebbe giustificare la rimozione dell'atto illegittimo.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 25 luglio 2024, n. 568 - Pres. e Rel. Castaldi.

**ACCISE - olio combustibile - stoccaggio - deposito commerciale - esercizio - deposito fiscale - utilizzo - mantenimento di temperatura costante - fatto generatore dell'accisa - stabilimento di produzione - configurabilità - esclusione - connessione alla produzione - esclusione.**

*Il consumo di olio combustibile finalizzato a mantenere in temperatura il medesimo prodotto energetico stoccato all'interno di depositi commerciali, esercitati in regime di deposito fiscale, in vista della sua successiva cessione a terzi, costituisce fatto generatore dell'accisa in quanto tali depositi non possono esser considerati "stabilimenti di produzione" né tale consumo può ritenersi "connesso" alla produzione di prodotti energetici.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 11 luglio 2024, n. 528 - Pres. e Rel. Venturini.

**CONDONI E SANATORIE - "rottamazione-quater" - adesione - rateizzazione del debito - deposito della domanda di adesione - comunicazione di conferma di ADER - sospensione del giudizio - non necessaria - estinzione del giudizio - pronunciabile.**

*In caso di adesione alla c.d. "Rottamazione-quater", il deposito in giudizio della domanda di adesione alla procedura, che sia stata regolarmente presentata e che contenga l'impegno a rinunciare ai giudizi pendenti aventi ad oggetto i carichi ai quali si riferisce detta dichiarazione, nonché di una comunicazione da parte di ADER di conferma dell'avvenuta adesione alla procedura, è di per sé sufficiente a determinare l'estinzione ex art. 44 D. Lgs. N. 546/1992 del contenzioso pendente, non essendo, pertanto, necessario attendere il perfezionamento della definizione medesima (che avverrebbe attraverso il pagamento integrale del debito rateizzato) attraverso la sospensione del giudizio.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 19 settembre 2024, n. 660 - Pres. e Rel. Piombo.

**CONTRIBUTO UNIFICATO - invito al pagamento - omissione o parziale versamento - obbligo di motivazione - decorso del termine - riferimento - sufficienza.**

*In caso il procedimento di irrogazione delle sanzioni per omesso o parziale pagamento del contributo unificato si fonda esclusivamente sul decorso infruttuoso del termine di trenta giorni dalla notifica dell'invito al pagamento del CUT omesso o versato in misura insufficiente, senza individuare ulteriori presupposti, oggettivi o soggettivi, ai fini della sua determinazione. Ne consegue che*

*l'obbligo motivazionale dell'invito al pagamento è in sé soddisfatto alla luce dell'assenza di alcuna discrezionalità sull'an e sul quantum della sanzione da parte dell'Ufficio impositore.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 24 giugno 2024, n. 156 - Pres. e Rel. Lomazzo.

**DOGANE - accertamento e contestazione violazioni - tabacchi lavorati esteri - contrabbando - sanzione amministrativa - applicata dalla Guardia di Finanza - competenza - esclusione - Autorità Doganale - applicazione - necessità.**

*È illegittimo, per carenza di competenza, il verbale con cui la G.d.F. abbia irrogato la sanzione amministrativa in conseguenza dell'accertata violazione di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, trattandosi di sanzione la cui applicazione rientra nella competenza dell'Autorità Doganale.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 13 settembre 2024, n. 648 - Pres. Piombo - Rel. Chiti.

**DOGANE - classificazione doganale - bene importato - effettivo utilizzo - caratteristiche tecniche - valutazione - necessità.**

*La classificazione doganale di una merce deve tener conto non già dell'uso possibile, ma soltanto dell'uso previsto dal dispositivo, valutato sulla base delle caratteristiche e delle proprietà oggettive del prodotto alla data della sua importazione (nella specie, è risultata infondata la classificazione operata dalla Dogana dei beni importati quali "mobility scooters" in luogo di mezzi che, per le proprie caratteristiche tecnico e costruttive, potevano esser utilizzati specificamente da persone invalide).*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 23 settembre 2024, n. 666 - Pres. Venturini e Rel. Chiti.

**DOGANE - royalties - imponibilità - "condizione di vendita" - controllo sul produttore - nozione - onere della prova - dogana - incombenza.**

*Ai fini dell'inclusione nel valore della merce importata delle royalties, con la loro conseguente imposizione, occorre che il loro pagamento costituisca una "condizione di vendita" delle merci. In particolare, tale controllo, la cui sussistenza deve esser dimostrata dalla Dogana, deve, di fatto, assumere la veste di un potere di costringimento o di orientamento (da parte del licenziante) su un secondo soggetto giuridico, dovendosi intendere tale controllo in un'accezione ampia e necessariamente casistica. Pertanto, in conformità alle esemplificazioni presenti nel Commento n. 11 del Comitato del codice doganale contenuto nel documento TAXUD/800/2002, il controllo sul produttore deve consistere in interventi reali e concreti del licenziante sull'attività del fornitore, sui metodi di produzione, sul potere di esame della contabilità, sulla sua libertà di azione anche con soggetti concorrenti del licenziante ed anche sull'attività svolta all'interno della fabbrica.*

Corte di Giustizia Tributaria di II° grado della Liguria, 10 luglio 2024, n. 522 - Pres. Venturini e Rel. Cunati.

**IMPOSTA DI PUBBLICITÀ E PUBBLICHE AFFISIONI - autostrada - cartellone - riproduzione - località turistiche - nome del concessionario - indicazione - finalità pubblicitaria - esclusione - imponibilità - esclusione.**

*Non è soggetto ad imposta sulla pubblicità il cartellone esposto in autostrada, riportante le foto di alcune località turistiche e la dicitura "autostrade per l'Italia" stante l'assenza di ogni caratteristica necessaria ad attrarre l'attenzione visiva degli utenti a fini pubblicitari e non potendo dagli stessi esser percepito come tale per dimensione e collocazione, e ciò stante anche il divieto previsto dal CdS di esporre cartelli pubblicitari in autostrada, trattandosi invece di cartellone annoverabile tra quelli (invece ammessi dal CdS) di valorizzazione e promozione del territorio indicanti siti d'interesse turistico e culturale e quelli indicanti servizi di pubblico interesse parte dei destinatari (nella specie, si tratta di un cartello esposto in autostrada e visibile dai veicoli in transito, della dimensione di circa 8 metri di lunghezza per 3 di altezza, di circa 24 metri quadrati, illuminato artificialmente, recante nella parte centrale, di massima evidenza, le foto di alcune località turistiche e nella parte inferiore, in bordo bianco le scritte "sei in un paese meraviglioso" e nella parte destra, in meno di un metro quadrato, "autostrade per l'Italia").*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 26 giugno 2024, n. 595 - Pres. e Rel. Baldini.

**IMPOSTA DI REGISTRO - imposte ipotecarie e catastali - box - appartamento - pertinenzialità - distanza - diversi chilometri - esclusione - impossibilità di accedere all'immobile attraverso una strada carrabile - irrilevanza.**

*In materia di imposte ipotecarie e catastali, la pertinenzialità di un box ad un appartamento presuppone l'esistenza di un rapporto di accessorietà - dipendenza tra la cosa principale e quella accessoria al fine di meglio utilizzare e valorizzare la cosa principale. Affinché sussista una "pertinenzialità" è quindi necessario che sussistano, da un lato, l'oggettiva destinazione di una cosa a servizio o ornamento di un'altra e, dall'altro, la volontà, da parte del proprietario della cosa principale, di costituire un rapporto di complementarietà e strumentalità tra i due beni. In tale contesto, deve ritenersi inconfigurabile il requisito oggettivo se la distanza tra i due immobili sia tale da escludere il carattere servente dell'immobile accessorio a quello principale a cui sarebbe asservito (e ciò anche nel caso in cui il box disti diversi chilometri dall'abitazione per via del fatto che questa è ubicata in una zona non accessibile da un punto di vista carrabile ma solo attraverso una strada pedonale o via mare).*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 3 luglio 2024, n. 509 - Pres. Canepa e Rel. Piombo.

**IMPOSTA DI REGISTRO - imposte di registro, ipotecarie e catastali - agevolazione - art. 7, c. 1, d.l. n. 34/2019 - atto di trasferimento - parti - dichiarazione di volersi avvalere dell'agevolazione - necessità - esclusione.**

*L'applicazione dell'agevolazione di cui all'art. 7, c. 1, d.l. n. 34/2019, per le imposte di registro, ipotecarie e catastali, può esser applicata ai trasferimenti di interi fabbricati, a favore di imprese di costruzione o di ristrutturazione, solo alle condizioni ivi previste non essendo invece necessario, nel silenzio della disposizione normativa sul punto, che nell'atto di compravendita le parti dichiarino che intendono avvalersi di tale agevolazione.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 29 luglio 2024, n. 575 - Pres. e Rel. Venturini.



**IMPOSTA DI REGISTRO - Tribunale - ordinanza di correzione di errore materiale - natura - non giurisdizionale - assoggettabilità ad imposta - esclusione.**

*Se sono soggetti ad imposta di registro gli atti dell'autorità giudiziaria che, in materia di controversie civili, definiscono anche parzialmente il giudizio, non è invece assoggettabile ad imposta l'ordinanza di correzione di "errore materiale" del Tribunale, trattandosi di atto di natura non giurisdizionale, assunto al termine di una procedura di carattere amministrativo, che non interviene "nel merito" del giudizio e che non ha natura "decisoria" in quanto lascia inalterato il contenuto concettuale del provvedimento oggetto di correzione.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 9 settembre 2024, n. 617 - Pres. Castaldi e Rel. Caridi.

**IMPOSTA DI REGISTRO - "cedolare secca" - natura del conduttore - società commerciale - rilevanza - esclusione - debenza dell'imposta - esclusione.**

*Ai fini dell'opzione per il beneficio della "cedolare secca" assumono rilevanza esclusivamente l'oggettiva destinazione del bene (uso abitativo) e la qualità soggettiva del locatore (privato e non impresa), a nulla rilevando le qualità soggettive del conduttore. In presenza di tali requisiti, il regime della "cedolare secca" risulta applicabile anche nel caso in cui il conduttore sia una società commerciale, con conseguente illegittimità dell'imposta di registro pretesa dall'Ufficio.*

Corte di Giustizia Tributaria di I° grado di Imperia, 20 giugno 2024, n. 99 - Pres. Bracco e Rel. Burlo.

**IMU - immobile - inagibilità - riduzione della base imponibile - condizioni - dichiarazione sostitutiva - perizia dell'UTC - necessità.**

*Ai fini IMU, la riduzione della base imponibile nella misura del 50% in presenza di immobili "inagibili" è subordinata necessariamente al fatto che tale "inagibilità" sia dichiarata dal contribuente al Comune o attraverso una "dichiarazione sostitutiva" o a seguito di sopralluogo da parte dell'Ufficio Tecnico Comunale che sia stato richiesto dal medesimo contribuente (che se ne dovrà assumere i relativi costi).*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 31 luglio 2024, n. 578 - Pres. e Rel. Venturini.

**IRBA - compatibilità con diritto dell'unione - direttiva 2008/118 - esclusione - "finalità specifica" - assenza - conseguenze - diritto al rimborso - legittimazione - concessionario dell'impianto di erogazione del carburante - sussistenza.****IRBA - azione di rimborso - termine di decadenza - biennale - decorrenza - versamento del tributo - traslazione - consumatore finale - irrilevanza - prova - ufficio - incombenza - utilizzo di presunzioni - esclusione.**

*L'Imposta regionale sulla benzina per autotrazione è incompatibile con la direttiva 2008/118, art. 1, par. 2, che prevede la possibilità per gli stati membri di applicare ai prodotti sottoposti ad accisa altre imposte indirette purché queste abbiano una "finalità specifica", in realtà del tutto assente con riguardo all'IRBA. Conseguentemente, è legittimato a chiederne il rimborso il concessionario dell'impianto di erogazione del carburante e non il soggetto erogatore del medesimo o il consumatore finale, pur se quest'ultimo*

*sostiene il peso economico del tributo.*

*Non è di ostacolo all'azione di rimborso dell'IRBA indebitamente versata, da esercitarsi nel termine di due anni dal suo avvenuto versamento, il fatto che il tributo possa esser stato traslato economicamente sul consumatore finale. In ogni caso, è onere dell'Ufficio fornire la dimostrazione di tale traslazione la quale non potrà esser data attraverso l'utilizzo di presunzioni.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 19 settembre 2024, n. 660 - Pres. e Rel. Piombo.

**IRES - pex - cessione di partecipazione detenuta in una holding - commercialità - verifica in capo alla società partecipata dalla holding - conferimento di ramo di azienda - art. 176 TUIR - interpretazione - fattispecie.**

*Ai fini dell'applicazione della "pex", la ricorrenza del requisito dell'esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale può esser valutata anche alla luce dell'art. 176, comma 4, TUIR, disposizione da interpretarsi nel senso che le aziende conferitarie non devono necessariamente essere di nuova costituzione (nella specie, trattandosi di cessione della partecipazione di una holding "A", la commercialità doveva esser valutata in capo alla società "B" che era partecipata da "A"). Tuttavia, tale partecipata "B", pur se costituita nel 2005, aveva iniziato a svolgere la propria attività commerciale solo nel 2015 ossia un anno prima la contestata cessione della partecipazione; senonché, dal momento che l'avvio dell'attività da parte della partecipata "B" era avvenuto a seguito del conferimento di un ramo di azienda da parte di un'altra società "C" che svolgeva la propria attività con il ramo di azienda conferito dal 1981, in forza dell'art. 176, c. 4, cit., è stato possibile ritenere configurato in capo a "B" il requisito dell'esercizio dell'attività commerciale per lo stesso periodo di possesso in capo a "C" del ramo di azienda conferito, con la conseguente legittima applicazione della pex in relazione alla cessione della partecipazione della società verificata in "A").*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 3 luglio 2024, n. 513 - Pres. Bracco e Rel. Venturini.

**IMU - immobili - attività religiosa o di culto - "casa canonica" - abitazione del parroco - presunzione - esenzione - applicabilità - immobili - collaboratori del parroco - esenzione - applicabilità.**

*In tema di IMU, ai fini dell'applicazione dell'esenzione prevista dall'art. 7, comma 1, lett. d, del d.lgs. 504/1992 a favore dei fabbricati destinati esclusivamente all'esercizio del culto e delle loro pertinenze, si deve presumere, in base all'id quod plerumque accidit - salva prova contraria, che deve essere fornita dal Comune che pretenda di assoggettare l'immobile ad imposizione -, che la casa sita nei pressi di una chiesa (o a maggior ragione inserita nel suo corpo di fabbrica) sia destinata, quale c.d. casa canonica, ad abitazione del parroco addetto alla chiesa, e costituisca, dunque, pertinenza di questa, senza che assumano rilievo, in senso contrario, la circostanza che il parroco abbia la residenza anagrafica in altro comune o comunque non risieda, temporaneamente, in quella casa, e la categoria nella quale la casa canonica risulti iscritta in catasto. Stante l'identità di ratio, tale esenzione potrà essere applicata anche per gli immobili adibiti ad abitazione dei collaboratori del Parroco.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 10 settembre 2024, n. 767 - Pres. e Rel. Di Napoli.

### **IMU - immobile - inagibilità - riduzione della base imponibile - applicabilità - condizioni**

*Ai fini IMU, l'inagibilità, quale causa di riduzione della base imponibile del tributo, deve consistere in un degrado fisico sopravvenuto che rende impossibile l'utilizzo dell'immobile così come indicato nell'articolo 6 comma 1 lettera c) del D.M. n. 28 del 2 gennaio 1998, per cui, sono inagibili o inabitabili i fabbricati che risultano oggettivamente e assolutamente inadatti all'uso cui sono destinati, per ragioni di pericolo all'integrità fisica o alla salute delle persone, con esclusione dei fabbricati il cui mancato utilizzo sia dovuto a lavori di qualsiasi tipo diretti alla conservazione, ammodernamento o miglioramento conseguibili con interventi di manutenzione.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 9 settembre 2024, n. 619 - Pres. Castaldi e Rel. Caridi.

### **IVA - operazioni straordinarie - conferimento di ramo di azienda - cessione delle partecipazioni - assoggettabilità ad imposta - valutazione - prolungamento diretto dell'attività principale - necessità.**

*Le operazioni di cessione relative ad azioni o partecipazioni in una società non rientrano nella sfera di applicazione dell'Iva, salvo che sia accertato che sono state effettuate nell'ambito di un'attività commerciale di acquisizione di titoli per realizzare un'interferenza diretta o indiretta nella gestione delle società di cui si è realizzata l'acquisizione di partecipazioni o che costituiscono il prolungamento diretto, permanente e necessario, dell'attività imponibile; per compiere tale valutazione non dovrà esser data rilevanza esclusiva al contenuto dell'oggetto sociale dell'impresa quanto all'attività dalla stessa effettivamente ed abitualmente esercitata (nel caso di specie si trattava di un conferimento di ramo di azienda seguito dalla cessione delle relative partecipazioni da parte di una holding, eseguita nell'ambito di un piano di ristrutturazione di un debito della stessa verso il sistema bancario).*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 9 settembre 2024, n. 765 - Pres. Di Napoli e Rel. Morbelli.

### **PROCESSO TRIBUTARIO - Dogana - atto di constatazione e notifica di proposta di rettifica della dichiarazione doganale - atti impugnabili - riconducibilità**

*L'atto di constatazione e notifica di proposta di rettifica della dichiarazione doganale costituisce atto facoltativamente impugnabile ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 546/92 in quanto, pur costituendo soltanto una proposta di rettifica della dichiarazione doganale, da un lato, è idoneo a cristallizzare in modo definitivo la pretesa dell'Agenzia, contenendo in sé tutti gli elementi della pretesa erariale, e, dall'altro lato, produce effetti immediatamente lesivi della sfera giuridica della ricorrente, impedendo lo svincolo della merce importata.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 30 settembre 2024, n. 686 - Pres. Castaldi e Rel. Castaldi.

### **PROCESSO TRIBUTARIO - udienza - sospensione cautelare - merito - trattazione - congiunta - sentenza - motivo nullità - rimessione in primo grado - non sussiste.**

*La trattazione, nanti il giudice di primo grado, della sospensione cautelare alla stessa udienza di trattazione del "merito" costituisce, a tutto concedere, una mera irregolarità che non determina la nullità della successiva sentenza; ciò sia in ossequio al principio dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame, sia in conseguenza*

*della piena partecipazione delle parti al contraddittorio processuale anche in quella prima fase, partecipazione che quindi non consente alcuna regressione del giudizio al giudice di primo grado.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di La Spezia, 19 giugno 2024, n. 133 - Pres. Laino e Rel. Sgambati.

### **RISCOSSIONE E MISURE CAUTELARI - Agente della Riscossione - intimazione di pagamento - reiterazione di precedente intimazione già notificata - legittimità - pretesa afferente spese aggiuntive rispetto a quelle richieste nella prima intimazione - illegittimità.**

*Conformemente alla giurisprudenza della Cassazione sulla rinnovazione dell'atto di precetto, l'Agente della riscossione può legittimamente notificare un avviso di intimazione anche se la pretesa impositiva a cui esso si riferisce è già stata oggetto di una precedente intimazione sfociata in un atto di pignoramento sospeso cautelatamente dal giudice dell'esecuzione. Tuttavia, l'Agente della riscossione, con tale seconda intimazione, non può pretendere spese, compensi ed accessori, che siano ulteriori rispetto a quelli già richiesti con la prima intimazione notificata.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 26 settembre 2024, n. 680 - Pres. Cardino - Rel. Piombo.

### **SUCCESSIONI E DONAZIONI - base imponibile - azioni societarie - valore - ultimo bilancio depositato - mutamenti sopravvenuti - diminuzione - origine della diminuzione del valore - anteriormente all'apertura della successione - fattispecie.**

*Affinché siano configurabili quei "mutamenti sopravvenuti" idonei a rettificare il valore del patrimonio netto di una società rispetto a quello indicato nell'ultimo bilancio depositato prima dell'apertura della successione è sufficiente che gli eventi modificativi abbiano trovato origine e si siano sviluppati anteriormente al decesso ancorché siano stati formalizzati in un momento ad esso successivo (nella specie, la perdita di valore delle azioni di una società di rilevanti dimensioni era stata determinata da una situazione deficitaria che si era verificata anteriormente all'apertura della successione e che aveva comportato lunghe trattative con le banche culminate con un piano di ristrutturazione formalizzato solo successivamente al decesso della de cuius).*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 12 settembre 2024, n. 644 - Pres. Cardino - Rel. Bolognesi.

### **TARI - area scoperta - ospedale - tassazione - sussistenza - destinazione pubblica - irrilevanza - gestione in concessione - irrilevanza - gratuità o onerosità della sosta - irrilevanza.**

*È soggetta a TARI l'area scoperta adibita a posteggio a servizio di un ospedale. Dal momento che il presupposto impositivo è rappresentato dall'idoneità della superficie alla produzione di rifiuti per la presenza umana, non assume infatti rilevanza, al fine di escludere la debenza del tributo, né il fatto che l'area sia gestita in forza di un rapporto di concessione con l'Amministrazione, né il fatto che essa sia destinata ad un uso pubblico, né che oggetto dell'attività di gestione svolta dalla contribuente siano solo i posteggi a pagamento e non anche quelli gratuiti non essendo la tassa rifiuti determinata in funzione del profitto dell'attività di impresa.*

## Sezione di diritto penale

# Massimario

Tribunale di Genova, Ufficio GIP/GUP, 24 luglio 2023, n. 1449 - Giudice Guerrero.

### **DELITTI contro la pubblica amministrazione - resistenza a pubblico ufficiale - concetto di esercizio delle funzioni - insussistenza del reato.**

(Art. 337 c.p.)

*Il Giudice emetteva sentenza di non luogo a procedere nei confronti dell'imputato poiché il pubblico ufficiale, al momento dei fatti, non era in servizio e non svolgeva alcuna attività funzionale al servizio stesso.*

*In particolare, il pubblico ufficiale, in abiti civili e con una birra in mano, si parava davanti all'imputato dicendogli di non poter passare nella via dove stava transitando, identificandosi solo in un secondo momento come appartenente alle forze dell'ordine.*

*Il Giudice riteneva corretta la versione dell'imputato che aveva valutato la vicenda alla stregua di un diverbio tra privati, dal momento che, le modalità con cui il pubblico il pubblico funzionario cercava di esercitare ciò che per lui costituiva un potere del suo ufficio, era giudicato del tutto discutibile: il pubblico ufficiale era in abiti civili, con una birra in mano, non si qualificava immediatamente e al diverbio faceva partecipare anche la di lui moglie.*

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 24 gennaio 2023, n. 233, Giudice Parentini.

### **DELITTI contro la persona - accesso abusivo ad un sistema informatico - concorso nel reato - intestatario del conto - sussistenza del reato.**

(Artt. 110 e 615 ter c.p.)

*Il Tribunale condannava l'imputato per il reato di cui all'art. 615 ter c.p. poiché riteneva che la circostanza che non fossero emersi elementi per ritenerlo l'autore materiale dell'abusiva introduzione nella casella di posta elettronica della vittima, non escludeva la penale responsabilità dell'imputato, rilevando a tal fine la disponibilità a rendersi intestatario del conto corrente.*

L.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 17 dicembre 2020, n. 3029 - Giudice Polidori.

### **DELITTI contro il patrimonio - truffa - sostituzione di persona - concorso formale - sussistenza.**

(Artt. 81, 494 e 640 c.p.)

*È configurabile concorso formale tra il reato di truffa ex art. 640 c.p. ed il reato di sostituzione di persona ex art. 494 c.p. qualora l'intenzionale attribuzione a sé della falsa identità altrui abbia come finalità l'induzione in errore di altri.*

*La sostituzione di persona può infatti essere qualificata come artificio o raggiro commesso allo scopo di realizzare una truffa.*

*Nel caso di specie il Giudice dichiarava la penale responsabilità dell'imputato per aver tratto in inganno la persona offesa anche*

*tramite l'utilizzo di false generalità, con lo scopo di ottenere un ingiusto profitto, condannandolo per i reati di cui sopra, unificati sotto il vincolo della continuazione.*

S.GRA

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 novembre 2020, n. 2587 - Giudice Boccaccio.

### **DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice - beni in custodia - ritardo nella consegna - insussistenza.**

(Art. 388, c. 7, c.p.)

*Non risponde del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice il soggetto che, destinatario di una procedura esecutiva, non provveda alla consegna tempestiva dei beni in custodia, ma vi ottemperi con lieve ritardo.*

*La consegna tardiva dei beni non costituisce una condotta di natura simulata o fraudolenta finalizzata a sottrarsi agli adempimenti richiesti dall'autorità giudiziaria.*

*Nel caso di specie il Giudice assolveva l'imputata dal reato a lei ascritto per insussistenza del fatto, non ricorrendo alcuna condotta penalmente rilevante, quanto piuttosto una vertenza di carattere meramente civilistico.*

E.BRA.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 2 febbraio 2023, n. 391 - Giudice Lucchini.

### **DELITTI con la pubblica amministrazione - resistenza a pubblico ufficiale - opposizione all'atto del pubblico ufficiale - insussistenza - riqualificazione in percosse.**

*Non sussiste il reato di resistenza a pubblico ufficiale se non vi è certezza della volontà dell'imputato di opporsi ad un atto del pubblico ufficiale, poiché, secondo la giurisprudenza di legittimità, se è del tutto irrilevante che l'autore sia convinto di essere nel giusto nell'opporvi all'atto del pubblico ufficiale, risulta invece necessario che l'autore sia consapevole del fatto che, con la propria condotta, si stia opponendo a un atto del pubblico ufficiale.*

*Nel caso di specie, il Giudice riqualificava le condotte come percosse poiché l'imputato, un detenuto con problemi psichici, sferzava un calcio ad un agente di polizia penitenziaria, che lo aveva intimato di non accedere al piano superiore della sezione, non per opporsi all'ordine impartitogli, bensì come gesto di stizza nel dover sottostare a tale ordine.*

L.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 febbraio 2022, n. 662 - Giudice Carta.

### **DELITTI contro l'assistenza familiare - violazione degli obblighi di assistenza familiare - violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio - minore età del figlio - non auto-**



**sufficienza - concorso formale eterogeneo - sussistenza.**  
(Artt. 570 c. 2, n. 2, 570 bis c.p.)

*La condotta di omessa contribuzione integra il reato di cui all'art. 570 bis C.p. in quanto configura una violazione dell'obbligo previsto dal provvedimento di separazione. Tuttavia, fino al compimento della maggiore età dei figli, tale condotta integra anche il delitto di cui all'art. 570 c. 2 n. 2 C.p., poiché la minore età del figlio rappresenta in re ipsa una condizione soggettiva dello stato di bisogno, che non viene meno quando altri provvedano al suo mantenimento.*

*Tra le due fattispecie, secondo quanto stabilito dalla sentenza n. 43560 del 12.4.2021 della Suprema Corte, sussiste concorso formale eterogeneo, poiché l'art. 570 bis C.p. tutela l'inadempimento dell'obbligo di natura economica imposto dal giudice civile, mentre la fattispecie di cui all'art. 570 c. 2 n. 2 preserva l'interesse a garantire al minore i mezzi di sussistenza, ove la loro mancanza determini lo stato di bisogno.*

*(Nel caso di specie il Giudice dichiarava la penale responsabilità dell'imputato per i reati di cui agli artt. 570 c. 2 n. 2 e 570 bis C.p., poiché si sottraeva agli obblighi di assistenza materiale e morale inerenti la potestà di genitore, senza contribuire al mantenimento della figlia non auto sufficiente, lasciandola priva dei mezzi di sussistenza).*

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 1 ottobre 2019, n. 3467 - Giudice Magrini.

**DELITTI contro l'onore - diffamazione - critica politica - limiti - insulto - bilanciamento degli interessi.**

(Art. 595 c.p.)

*Nel contesto del dibattito politico, l'esercizio di critica anche espressa con toni molto duri e aspri può ritenersi legittima nell'ottica più ampia della libera manifestazione del pensiero. Tale liceità trova il limite nell'utilizzo di un linguaggio insultante, dovendosi, in tal caso, attribuire prevalenza al contrapposto rilevante interesse alla dignità morale e alla reputazione personale del soggetto a cui è indirizzata la critica.*

*Nel caso di specie il Giudice condannava l'imputato poiché, seppur le condotte si realizzavano in un contesto di critica politica e in risposta a un'opinione espressa con toni fortemente provocatori, trascendeva nell'insulto utilizzando la parola "stronzo", idonea a ledere il decoro e l'onore della persona offesa.*

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 febbraio 2022, n. 663 - Giudice Carta.

**DELITTI contro la fede pubblica - falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità di altri - dichiarazione di false generalità - nome di battesimo falso - ignoranza del fatto che altri abbia dato false generalità - elemento soggettivo del reato - insussistenza.**

(Artt. 110 e 495 c.p.)

*Deve ritenersi insussistente l'elemento soggettivo del reato di cui agli artt. 110, 495 c.p. (dichiarazione di false generalità) nel caso in cui il coimputato abbia confermato l'identità del soggetto sottoposto a controllo delle FF.OO., non essendo a conoscenza delle generalità da questo fornite.*

*(Nel caso di specie l'imputata, fermata unitamente ad altra persona che si trovava alla guida del veicolo, durante il controllo delle*

*generalità si allontanava, accompagnata da uno degli agenti operanti, per espletare un bisogno fisiologico, al suo ritorno, il verbalizzante chiedeva conferma dell'identità del conducente, indicandone unicamente il cognome. L'imputata confermava tale identità, ignorando che lo stesso avesse fornito false generalità utilizzando il nome del proprio fratello).*

F.BRU.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 febbraio 2022, n. 677 - Giudice Lovesio.

**DELITTI contro la fede pubblica - falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico - falsa denuncia di furto di effetti personali - assenza effetti giuridici conseguenti alla denuncia - insussistenza - diversa qualificazione giuridica - simulazione di reato - reato più grave - assoluzione.**

(Artt. 483 e 367 c.p.)

*Il delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico sussiste solo qualora l'atto pubblico, nel quale la dichiarazione del privato è stata trasfusa, sia destinato a provare la verità dei fatti attestati, e cioè quando una norma giuridica obblighi il privato a dichiarare il vero ricollegando specifici effetti all'atto-documento.*

*Non può pertanto integrare il reato di cui all'art. 483 c.p. la falsa denuncia di furto di effetti personali presentata dall'imputato davanti ad un ufficiale di polizia giudiziaria, al cui verbale nessuna disposizione conferisce idoneità a provare la verità del fatto denunciato.*

*Il fatto sembrerebbe, piuttosto, integrare il delitto di simulazione di reato (art. 367 c.p.), la cui contestazione non è possibile poiché comporterebbe la possibilità di comminare una sanzione più grave (da uno a tre anni) rispetto a quella prevista per il reato di cui all'art. 483 c.p. (fino a due anni) in evidente violazione del diritto di difesa. L'imputato pertanto deve essere mandato assolto dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste.*

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, collegio I, sez. I, 1 febbraio 2022, n. 367 - Est. Vinelli.

**DELITTI contro la libertà personale - sequestro di persona - violenza sessuale - concorso di reati - privazione della libertà personale - apprezzabilità del tempo anteriore alla costrizione necessaria al compimento degli atti sessuali - sussistenza concorso.**

(Artt. 605 e 609 bis c.p.)

*È compatibile il reato di sequestro di persona con il reato di violenza sessuale quando il soggetto agente, nel tempo anteriore o successivo alla costrizione necessaria a compiere gli atti sessuali, priva la persona offesa della libertà personale per un tempo apprezzabile.*

*(Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto integrato il reato di cui all'art. 605 c.p. poiché l'imputato, prima di costringere le persone offese a subire atti sessuali, le aveva chiuse a chiave in un magazzino per un tempo rilevante in attesa che i narcotizzanti a loro somministrati spiegassero i propri effetti.)*

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, collegio I, sez. II, 9 dicembre 2020, n. 2888 - Est. Ascherò.

**DELITTI contro la persona - violenza sessuale - vittima**

**minore di anni dieci non accompagnato - reiterazione della condotta - circostanza attenuante della minore gravità - insussistenza.**

(Artt. 609 bis e 609 ter c.p.)

Non è configurabile la circostanza attenuante di cui all'art. 609 bis ultimo comma c.p. qualora il fatto di reato sia avvenuto in un contesto frequentato prevalentemente da minori, nei confronti di un minore non accompagnato, e sia consistito in atti reiterati e chiaramente masturbatori.

Tali circostanze attestano l'intensità del dolo del soggetto agente ed evidenziano la gravità del danno o anche solo del pericolo causato alla persona offesa.

Nel caso di specie, il Giudice condannava l'imputato per il reato di violenza sessuale su minore, aggravato dalla circostanza di aver commesso il fatto in danno di un minore di anni dieci, avendo lo stesso compiuto atti sessuali consistenti nel toccare in pubblico e ripetutamente le parti intime del bambino e le proprie.

E.BRA.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 17 gennaio 2022, n. 113 - Giudice Polidori.

**DELITTI contro la pubblica amministrazione - oltraggio a pubblico ufficiale - presenza di più persone - elemento costitutivo - mancanza della prova - insussistenza.**

(Art. 341 bis c.p.)

Al fine della configurabilità del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale la condotta deve realizzarsi in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza più persone. Quanto a quest'ultimo presupposto la giurisprudenza di legittimità ha affermato come la condotta si realizza alla presenza di almeno due persone che non siano soggetti che assistono alle condotte nello svolgimento delle funzioni di pubblico ufficiale, seppur non attinti direttamente dall'offesa (Cass. Pen. n. 30136/2021).

Nel caso di specie, il Tribunale mandava assolto l'imputato perché mancava la prova che le frasi ingiuriose fossero state pronunciate alla presenza di almeno due persone con esclusione degli operanti.

M.CAP.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 ottobre 2020, n. 671 - Giudice Avanzino.

**DELITTI contro la pubblica amministrazione - peculato - amministratore di sostegno - omessa o insufficiente rendicontazione - spese non coerenti con regime di vita del beneficiario - palese non riferibilità al beneficiario - sussistenza - confusione patrimonio amministratore e beneficiario - sostegno spese amministrato da parte dell'amministratore - irrilevanza.**

(Art. 314 c.p.)

È configurabile il delitto di peculato nei confronti dell'amministratore di sostegno quando sussistano le seguenti condizioni: l'omessa o l'insufficiente rendicontazione delle somme in favore dei beneficiari e l'effettuazione di spese non coerenti con il regime di vita dei beneficiari ovvero palesemente non riferibili ai beneficiari. Tali condotte infatti sono altamente sintomatiche dell'avvenuta appropriazione delle in capo all'amministratore di sostegno.

Nel caso di specie, ritenute integrate le predette condizioni, il giudice dichiarava la penale responsabilità dell'amministratore di sostegno, a nulla rilevando la giustificazione portata dall'imputato

in merito alla confusione nella gestione dei conti dei beneficiari e all'aver effettuato spese personalmente nell'interesse del beneficiario che recuperava in un secondo momento.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 novembre 2020, n. 2590 - Giudice Boccaccio.

**DELITTI contro la pubblica amministrazione - resistenza a un pubblico ufficiale - verificatori titoli di viaggio AMT - pubblici ufficiali - sussistenza.**

(Art. 337 c.p.)

Risponde del reato di cui all'art. 337 c.p. la persona che utilizzi violenza per opporsi ad un controllo sulla regolarità del titolo di viaggio da parte di agenti verificatori AMT, i quali, in servizio e nell'esercizio delle proprie funzioni, ricoprono la qualifica di pubblico ufficiale.

In particolare, il verificatore dei titoli di viaggio dipendente di un'azienda di trasporto pubblico locale, essendo munito dei poteri autorizzativi e certificativi di cui all'art. 357 comma 2 cp, se in servizio, riveste la qualità di pubblico ufficiale.

Nel caso di specie il Giudice condannava l'imputato che, privo di regolare titolo di viaggio, si dava alla fuga dopo aver spintonato gli agenti verificatori.

S.GRA.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 gennaio 2022, n. 15 - Giudice Vignale.

**NAVIGAZIONE - contravvenzioni codice della navigazione - abusiva occupazione di spazio demaniale e inservanza di limiti alla proprietà privata - mancato rinnovo della concessione - rilascio dei locali - abbandono di beni nei locali - carenza ingiunzione ripristino - irrilevanza - sussistenza reato.**

(Art. 1161 R.D. 327/1942)

Integra il reato di cui all'art. 1161 cod. nav. (abusiva occupazione di spazio demaniale) la condotta di chi, a seguito del mancato rinnovo della concessione, rilasci i locali abbandonandovi arredi, a nulla rilevando la mancanza di un'ingiunzione di rimessione in pristino.

(Nel caso di specie, l'imputato era chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 1161 cod. nav., poiché, a seguito del mancato rinnovo della concessione dei locali per inagibilità degli stessi, lo stesso aveva trasferito la società in altro luogo abbandonando nei locali scrivanie, raccoglitori e classificatori.

Il Tribunale giudicava il reato integrato dal comportamento omissivo dell'imputato, poiché, sotto il profilo dell'elemento oggettivo, il locale avrebbe dovuto essere riconsegnato sgombro da cose e a nulla rileva che l'autorità competente non abbia emanato alcuna ingiunzione di rimessione in pristino (Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 15981/2020); anche sotto il profilo soggettivo, il reato risulta integrato poiché l'art. 1161 cod. nav. è illecito contravvenzionale, quindi punibile anche a titolo di colpa, e si realizza ogniqualvolta l'utilizzo di un'area demaniale risulta impedita o limitata.

Stante però la tenuità delle condotte omissive e la sostanziale assenza di danno il Giudice pronunciava sentenza assolutoria ai sensi dell'art. 131 bis c.p.).

M.CAP.

# Documenti

## *La responsabilità penale del medico psichiatra: il difficile rapporto tra libertà di cura e rischio della “medicina dell’obbedienza giurisprudenziale”\**

Ignazio Grisafi

Dottore specializzato presso la SSPL

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. La posizione di garanzia dello psichiatra, tra cura e custodia del paziente. - 3. La posizione di garanzia e il rischio consentito nell’assistenza psichiatrica. - 4. La prevedibilità ed evitabilità nel reato colposo. - 5. Il consenso in psichiatria - 6. Il Trattamento Sanitario Obbligatorio. - 7. Un caso pratico di responsabilità dello psichiatra. - 8. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa.

Gli intrecci tra psichiatria e diritto penale rappresentano uno degli aspetti più complessi e problematici sia della storia delle discipline mediche che di quelle giuridiche.

La responsabilità dello psichiatra presenta delle peculiarità che la configurano come un sistema autonomo all’interno del più generale e complesso tema della responsabilità medica, con regole e criteri di valutazione propri.

Ciò che rende particolarmente delicata questa tematica è la complessità delle patologie psichiatriche, nonché la sua connessione intrinseca con la libertà individuale del paziente affetto da disturbi mentali, dovendosi garantire nel contempo la protezione del paziente stesso e della collettività. Lo psichiatra si trova pertanto ad essere stretto “tra Scilla e Cariddi”, tra “istanze di cura” che, alla luce della crescente evoluzione della ricerca scientifica e farmacologica, alimentano aspettative maggiori e talvolta irrealistiche (e finiscono con il tradursi in una mancata accettazione di eventi avversi), e “istanze di tutela sociale”, ossia di previsione prognostica del comportamento del paziente e dei risvolti di questo sulla società.

Ne sono esempio tutte le problematiche connesse alla riferibilità o meno allo psichiatra della responsabilità per gli atti lesivi commessi dal paziente nei confronti di sé stesso o di terzi. Ed invero, il *discrimen* fondamentale che intercorre tra il *genus* responsabilità degli esercenti professioni sanitarie e la *species* responsabilità dello psichiatra sta proprio nel fatto che mentre al chirurgo, l’ortopedico o cardiologo vengono addebitate proprie condotte, attive o omissive, allo psichiatra invece può capitare (ed è capitato) di dover rispondere del gesto inconsulto commesso da un altro soggetto: il paziente stesso, il quale potrebbe compiere atti auto o etero-lesivi nel corso del trattamento terapeutico in atto.

La giurisprudenza penale di legittimità, superando alcune eccessive severità interpretative del passato, nel sindacare l’operato del medico - come si vedrà - è pervenuta a posizioni

più equanimi, nonché più generalmente condivise.

### 2. La posizione di garanzia dello psichiatra, tra cura e custodia del paziente.

In base all’orientamento consolidato in giurisprudenza tutti i sanitari sono «“ex lege” portatori di una posizione di garanzia, espressione dell’obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex art. 2 e 32 cost., nei confronti dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l’integrità» (1).

A questa declinazione corrente della posizione di garanzia in medicina devono far riferimento tutti i sanitari, dunque anche gli psichiatri.

Dovere dello psichiatra è occuparsi della salute del proprio paziente, attuando quanto necessario per ottenere, nei limiti delle possibilità e delle conoscenze disponibili, lo stato psicofisico precedente la condizione di malattia o, comunque, raggiungere il più elevato livello di salute psichica possibile (2). Tale dovere grava sullo psichiatra - a prescindere dal fatto che sia libero professionista dipendente o convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, che svolga attività come medico curante o consulente presso ospedali, servizi o strutture residenziali terapeutiche - in virtù dell’instaurarsi di una relazione terapeutica con il paziente. È invece stato escluso, sia in dottrina sia in giurisprudenza, che sorga una posizione di garanzia in capo al medico che sia stato soltanto occasionalmente richiesto di un parere, nel quadro di una relazione di amicizia, convivialità, familiarità o convivenza, ma al di fuori di uno specifico conferimento di incarico professionale (3).

Così è per tutti. Così dovrebbe essere anche per lo psichiatra. In realtà, l’analisi delle sentenze della Corte di Cassazione dimostra come lo psichiatra sia onerato da tempo non solo di un dovere di cura, ma anche - diversamente dagli altri operatori sanitari - di uno speciale dovere giuridico di controllo.

La giurisprudenza, pertanto, ha delineato una posizione di garanzia a carattere terapeutico, che estende la responsabilità dalle ordinarie ipotesi di violazione del dovere di cura, per aver compromesso o non aver ripristinato lo stato di salute psico-fisica del paziente, alle particolari ipotesi di violazione del dovere di controllo per non aver impedito, ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p., la commissione di gesti violenti, non solo auto-aggressivi, ma anche etero-aggressivi: «L’obbligo giuridico che gravava sulla psichiatra e sulla psicologa risulta potenzialmente qualificabile al contempo come obbligo di controllo, equiparando il paziente ad una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante avrebbe il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e di protezione del paziente medesimo, soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per sé, che potevano giungere sino al suicidio, come in effetti avvenuto» (4).

Questo aspetto costituisce, indubitabilmente, una peculiarità propria dello specifico settore.

In questa prospettiva, preliminarmente occorre specificare come sia possibile parlare di posizione di garanzia esclusivamente con riferimento alle ipotesi di responsabilità omissiva. L’omissione giuridicamente rilevante è un concetto di carattere normativo, che rileva solamente in relazione ad una norma giuridica che prescriva un’azione connotata da doverosità (5).

\* Contributo redatto con la collaborazione di Massimo L. Boggio, avvocato in Genova.



Sono due le modalità attraverso le quali un'omissione può assumere rilevanza penalistica e corrispondono sostanzialmente alla tradizionale bipartizione tra "reati omissivi propri" e "reati omissivi impropri".

Nei primi, l'omissione è prevista all'interno della norma incriminatrice, che quindi è strutturata in modo da sanzionare direttamente la violazione dell'obbligo di agire in una determinata direzione. Tipici esempi di questa categoria di delitto sono l'omissione di soccorso (art. 593 c.p.), l'omissione di atti d'ufficio (art. 328, comma 2, c.p.), l'omissione di referto (art. 365 c.p.).

Nell'assetto dell'attuale legislazione psichiatrica, in seguito all'abrogazione espressa - da parte della L. 13 maggio 1978, n. 180 (c.d. "legge Basaglia") - delle ipotesi omissive comprese nell'originaria rubrica del codice penale «*Delle contravvenzioni concernenti la custodia di alienati di mente, di minori o di persone detenute*» (libro III, titolo I, capo I, sezione III, paragrafo 6), non sussistono più previsioni legislative che consentano l'operatività di questo primo meccanismo.

I secondi consistono nel mancato impedimento di un evento che il soggetto aveva l'obbligo giuridico di impedire. In questa seconda categoria, l'attivazione di una risposta penalistica dinanzi ad un'omissione è costruita attraverso il richiamo alla clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p., a tenore del quale «*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*».

È quest'ultimo il meccanismo che rileva nell'ambito della responsabilità penale dello psichiatra (fatta eccezione per i rari casi di responsabilità per la morte o il peggioramento delle condizioni di salute del paziente, dovuti a comportamenti dolosi). Il terapeuta, dunque, è essenzialmente chiamato a rispondere per un reato omissivo improprio, che nasce dal combinato disposto dell'art. 40 cpv. c.p. con le singole fattispecie di parte speciale: così lo psichiatra risponde per essere contravvenuto all'obbligo di impedire un evento tipico descritto da una fattispecie di reato.

Se il reato omissivo proprio è riconducibile ai reati di pura condotta, essendone il disvalore rappresentato solo ed esclusivamente dalla mancata attuazione della condotta imposta dal precetto, il reato omissivo improprio, al contrario, trova il suo fondamento normativo nell'art. 40 cpv. c.p. La norma, tuttavia, non chiarisce se la clausola di equivalenza possa operare in relazione a tutte le fattispecie di reato oppure solo in relazione ad alcune.

Certamente, posto che la stessa formulazione letterale di tale disposizione richiede espressamente, tra gli elementi costitutivi di questo genere di reato, il mancato impedimento di un evento naturalistico che si aveva l'obbligo giuridico di impedire, il reato omissivo improprio appartiene alla categoria dei reati di evento, nei quali l'omissione sarà penalmente rilevante solo in quanto causalmente idonea a realizzare l'evento.

Di conseguenza, entrano in campo tutta una serie di presupposti: innanzitutto l'elemento soggettivo (doloso o - per quel che più interessa - colposo, dovendosi distinguere tra colpa lieve, media o grave), quindi quello oggettivo (ovverosia l'evento lesivo incidente sui beni di particolare rilievo costituzionale, come la salute e la vita stessa).

L'uno e l'altro devono essere uniti dal nesso eziologico comprovabile, nella sede penale, in grado di probabilità vicino alla certezza ed oltre il ragionevole dubbio. Al riguardo e per quello che qui rileva, basti ricordare che, a far tempo dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 10 luglio 2002 (c.d. "sentenza Franzese", vera e propria pietra miliare nella storia della responsabilità professionale medica) (6), in tema

di causalità omissiva, nella ricostruzione del nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento lesivo non si può prescindere dall'individuazione di tutti gli elementi sinergicamente inseriti nella catena causale di tale evento, giacché solo conoscendo in tutti i suoi aspetti fattuali la vicenda è poi possibile analizzare la condotta omissiva colposa addebitata al soggetto per effettuare il "giudizio controfattuale" e verificare, avvalendosi delle leggi statistiche o scientifiche o delle massime di esperienza che si attagliano al caso concreto, se, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo "al di là di ogni ragionevole dubbio" non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Non si può infine prescindere dalla verifica che non vi sia stata l'interferenza di fattori alternativi a quella causa dell'evento ipotizzata come riconducibile alla condotta colposa addebitata all'agente (7).

### 3. La posizione di garanzia e il rischio consentito nell'assistenza psichiatrica.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale di cui sopra, in sostanza, lo psichiatra avrebbe l'obbligo giuridico di impedire tutti quegli atti lesivi di cui un paziente, a causa della malattia psichiatrica, potrebbe rendersi autore verso i terzi, ma anche verso sé stesso.

Per prima cosa, occorre premettere che, secondo un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità, la titolarità di una posizione di garanzia non implica necessariamente la responsabilità per il mancato impedimento dell'evento, e ciò in ragione del fatto che il principio di colpevolezza rende comunque necessario accertare la sussistenza degli altri elementi costitutivi del reato: in particolare, la violazione - da parte del garante - di una regola cautelare (generica o specifica), la prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (c.d. "concretizzazione del rischio"), e la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento dannoso (8).

In secondo luogo, consapevole della latitudine del compito affidato allo psichiatra, per mitigare questo gravame postogli in capo a tema di responsabilità, la Corte di Cassazione ne ha circoscritto la posizione di garante, rimarcando come la moderna psichiatria affronti patologie che, talvolta, il medico è impossibilitato a controllare del tutto.

Per questo il presupposto della responsabilità e il limite della posizione di garanzia dello psichiatra trovano un punto di arresto nel c.d. "rischio consentito", al cui interno vigono le regole cautelari del medico, sottraendo così la pericolosità dell'azione all'estremo oggettivismo di una responsabilità altrimenti fondata sulla pura e semplice verifica dell'evento dannoso.

«*Tra il perimetro della posizione di garanzia e il rischio consentito esiste allora uno stretto collegamento*», opportunamente messo in rilievo dalla Corte di Cassazione (9), rilevante tanto per la delimitazione della garanzia quanto sul versante della configurabilità della colpa, «*nel senso che è proprio l'esigenza di contrastare e frenare un determinato rischio per il paziente che individua e circoscrive, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari del medico*», le quali, a loro volta, delineano l'area dell'obbligo di garanzia e individuano la condotta omissiva tipica doverosa, quella cioè, tra le azioni astrattamente idonee a impedire l'evento, alla quale il garante è tenuto ad attenersi nella situazione particolare.

L'esistenza di un'area di rischio consentito caratterizza il settore della salute mentale in considerazione delle peculiarità

dello stesso rispetto ad altri settori della medicina, essendo chiamato lo psichiatra a recuperare e promuovere le libertà del paziente nel contesto di cura, con la conseguenza di doversi confrontare, in qualche misura, con l'incertezza di riuscire a prevedere e a prevenire azioni del paziente che possono concretizzarsi anche in comportamenti auto o etero-lesivi (10).

In questa prospettiva, solo la rigorosa osservanza delle regole cautelari esonera il medico da responsabilità, anche se non è stato possibile evitare il verificarsi dell'evento. Ma questa esistenza ineliminabile del margine di rischio non determina un'attenuazione dell'obbligo di garanzia, ma semmai un suo rafforzamento, essendo il medico obbligato a ridurre il rischio di eventi infausti per il paziente, o da questi potenzialmente recabili a terzi, nei limiti più ristretti che le conoscenze scientifiche, le nozioni di comune esperienza e le disponibilità di materiali utilizzabili consentono.

Dunque, la violazione della regola cautelare rileva sul piano non soltanto della colpevolezza, ma anche su quello della tipicità.

Difatti, la verifica, con valutazione di prevedibilità ed evitabilità *ex ante*, dell'adeguatezza delle regole cautelari volte a governare il rischio «*delinea l'area dell'obbligo di garanzia, che a sua volta definisce la condotta omissiva tipica, alla quale assegnare idoneità salvifica, rispetto all'impedimento dell'evento, come in concreto verificatosi*» (11), ed è quindi intuitiva la rilevanza assunta dalla conformazione del medico alle procedure formali, protocolli o linee guida esistenti.

#### 4. La prevedibilità ed evitabilità nel reato colposo.

In questo quadro giova comunque rammentare che «*la violazione della regola cautelare e la sussistenza del nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento non sono sufficienti per fondare l'affermazione di responsabilità, giacché occorre anche chiedersi, necessariamente, se l'evento derivazione rappresenti o no la "concretizzazione" del rischio che la regola stessa mirava a prevenire, difettando l'evitabilità e quindi la colpa quando l'evento si sarebbe verificato anche qualora il soggetto avesse agito nel rispetto delle norme cautelari*» (12).

È necessaria allora una premessa in merito alla responsabilità colposa, che domina l'ambito della responsabilità medica (cui ovviamente non si sottrae il settore psichiatrico) e che, in linea generale, si radica nella produzione di un evento a causa di imprudenza, imperizia o negligenza, nell'ipotesi della c.d. "colpa generica", ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, qualora si verta nel caso della "colpa specifica" (art. 43, comma 2, c.p.) (13).

La responsabilità dei sanitari, infatti, trae la sua origine da errori, omissioni o violazioni commessi nell'applicazione delle regole di tecnica medico-chirurgica in ambito diagnostico e/o terapeutico, da cui derivi una lesione dell'integrità psichica del paziente o la sua morte.

Nella giurisprudenza italiana lo psichiatra è stato ritenuto penalmente responsabile anche di gravi delitti dolosi per comportamenti contrari al dovere di cura (abbandono di persone minori o incapaci *ex art.* 591 c.p. per aver omesso di intervenire mediante trattamento sanitario obbligatorio su una persona a rischio di nuocere a sé o ad altri; sequestro di persona *ex art.* 605 c.p. o abuso di autorità contro arrestati o detenuti *ex art.* 608 c.p. per aver utilizzato mezzi meccanici di contenzione senza necessità terapeutiche): tuttavia le fattispecie che più frequentemente sono state invocate ai fini della sua incriminazione sono state quelle di omicidio o lesioni personali colpose (artt. 589 e 590 c.p.) per aver agevolato o

per non aver impedito gli atti lesivi posti in essere dal paziente in cura a danno proprio o di soggetti terzi.

La giurisprudenza e la dottrina sono ormai concordi nell'utilizzare come parametri di riferimento, per accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa in capo al soggetto agente, i concetti di "prevedibilità" e di "prevenibilità od evitabilità" dell'evento. In altri termini, occorre provare che l'evento non si sarebbe verificato qualora il soggetto avesse tenuto la condotta doverosa violata.

Il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo deve essere svolto *ex ante* in base al criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, ossia dell'agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale (14).

Del resto, come precisato anche dalle Sezioni Unite nel famoso caso della ThyssenKrupp (15), il rimprovero personale rivolto all'agente deve tener conto non solo dell'oggettiva violazione di norme cautelari (c.d. "versante oggettivo" della colpa), bensì, anche, della concreta capacità dell'agente di uniformarsi alla regola, in considerazione delle sue specifiche qualità personali e della situazione di fatto in cui ha operato (c.d. "versante soggettivo" della colpa).

Si ritrova così affermato in pronunce fondamentali della Corte di Cassazione (16) ciò che la classe dei medici ha tradizionalmente rimproverato ai giudici di non considerare, e cioè che essi non operano "*in un laboratorio sotto una campana di vetro*". I giudici di legittimità si fanno carico, quindi, delle difficoltà del caso concreto che il medico può trovarsi ad affrontare nell'esercizio della sua professione, soprattutto in situazioni di urgenza o emergenza terapeutica. Per formulare il loro giudizio, i giudici prendono in considerazione diversi fattori, tra cui il grado di esperienza ed il livello professionale del singolo medico e le sue stesse condizioni personali al momento dell'intervento, nonché le sfide specifiche di alcuni settori di cura, e qui si fa esplicito riferimento proprio alla medicina psichiatrica, che si contrassegna per la presenza di ampie zone ancora sottratte alla conoscenza scientifica (17). A questo riguardo giova ricordare che, in generale, la medicina non è una scienza, ma una pratica fondata su scienze, e opera in un mondo di valori. In altre parole, è una tecnica - nel senso ippocratico di *techne* - dotata di un suo proprio sapere, conoscitivo e valutativo, che si distingue dalle altre tecniche perché il suo oggetto è un soggetto: l'uomo (18).

In breve, conclusivamente, la valutazione circa la possibile censura per difetto colposo rinvenibile nella condotta dello psichiatra non potrà prescindere dal tenere in considerazione non solo i margini d'incertezza connessi all'obiettiva problematicità della previsione delle condotte inconsulte poste in essere da pazienti psichiatrici, ma anche l'elevata complessità ed incertezza delle regole cautelari cui lo psichiatra dovrebbe attenersi nell'esplicazione della propria attività.

#### 5. Il consenso in psichiatria.

I requisiti fattuali della sussistenza della posizione di garanzia dello psichiatra non sono stabiliti da un'espressa disposizione di legge, ma sono desunti dalla giurisprudenza in via interpretativa.

In questa prospettiva, l'abrogazione della legislazione manicomiale da parte della L. 13 maggio 1978, n. 180 (c.d. "legge Basaglia") - che evita accuratamente di riprodurre i vetusti concetti di pericolosità del malato mentale (o, per usare il linguaggio di allora, dell'alienato) per sé o per gli altri e di "pubblico scandalo" - fa sì che debba essere tenuta in considerazione la valorizzazione della dignità e dell'autodeterminazione del

paziente, coerentemente con i principi sanciti dagli artt. 13 e 32 Cost, unitamente all'art. 2 Cost. (che tutela i diritti inviolabili della persona, tra cui la sua integrità psicofisica).

Tali principi trovano conferma nell'art. 33 della L. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (S.S.N.): gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari; nei casi in cui siano obbligatori, devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato.

Da tali diritti - secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (19) - deriva quindi l'inquadramento del consenso libero ed informato del paziente come presupposto per la validità e la liceità dell'attività medica, oggi compiutamente disciplinato dalla L. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento): «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (art. 1, comma 1).

Oltre che dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (20), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, tale diritto del paziente è ribadito da altre norme sovranazionali, tra le quali spicca l'art. 5 della Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina (21), firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145.

Il consenso libero ed informato deve essere considerato quindi un principio fondamentale in materia di tutela della salute, e il suo presupposto indefettibile va rinvenuto nella scelta libera e consapevole del paziente di accettare ed anche rifiutare il trattamento proposto, compresa la libertà dello stesso di lasciarsi morire mediante il consapevole rifiuto di farsi curare (22), salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere. Il tema del consenso, tuttavia, può divenire assai complesso nell'attività pratica dello psichiatra. Questi da un lato si deve interrogare sulla capacità del paziente affetto da un disturbo psichiatrico di recepire le informazioni, di comprenderle e di esprimere il proprio punto di vista, e dall'altro è soggetto a rigide norme disciplinanti il consenso.

È quindi oggettivamente difficile chiedere una valutazione ed una scelta a chi ha bisogno di cure proprio in ordine ad un deficit di giudizio dell'esame della realtà, poiché «se già nella medicina somatica il medico deve attentamente considerare il soggetto che ha di fronte per valutare se e come informarlo circa la sua malattia, di fronte alla patologia mentale, per le caratteristiche sue proprie che la rendono in qualche modo "inafferrabile", ogni regola di comportamento sembra essere ancora più aleatoria» (23).

Nella pratica allora, in considerazione dell'andamento "fluttuante" di alcune patologie mentali (nel cui decorso sono possibili limitazioni della capacità decisionale del paziente fino alla completa perdita), il consenso deve essere considerato non un atto di accettazione meramente formale da chiedere ed ottenere *una tantum*, bensì dovrà essere ribadito per l'intera durata del trattamento. Per questo motivo, è evidente che lo psichiatra si trova nella scomoda situazione di operare in un clima di inevitabile incertezza e di approssimazione (24).

## 6. Il Trattamento Sanitario Obbligatorio.

Tre sono le circostanze nelle quali il medico è esonerato dall'obbligo di acquisire uno specifico consenso: in caso di grave pericolo di vita (stato di necessità ex art. 54 c.p.); l'incapacità

del paziente in presenza ad esprimere un libero consenso o valido dissenso; infine, il Trattamento Sanitario Obbligatorio (T.S.O.), uno strumento cautelare che consente di sottoporre una persona a cure mediche prescindendo dalla sua volontà. In pratica, «nei confronti di persone affette da malattia mentale» (art. 34, comma 2, L. n. 833/1978) possono essere disposti accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, per un tempo limitato allo stretto necessario.

Nello specifico, la norma stabilisce che, nel T.S.O., le cure debbano essere prestate in condizioni di degenza ospedaliera qualora sussistano congiuntamente tre presupposti: «[1] se esistono alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, [2] se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e [3] se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere» (art. 34, comma 4) (25).

Il primo requisito rimanda ad una valutazione clinica da parte del medico che visita il paziente; il secondo si riferisce alla questione del consenso delle cure; la terza condizione rimanda al luogo di esecuzione delle cure, in particolare presso i reparti di psichiatria degli ospedali pubblici (Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura - SPDC).

Sia gli accertamenti sia i trattamenti sanitari obbligatori sono provvedimenti di tipo amministrativo e come tali sono disposti con ordinanza del Sindaco, il quale agisce in qualità di autorità sanitaria titolare del potere di emanare ordinanze urgenti e coercitive, dietro proposta motivata di un medico (art. 33, comma 3).

Tale proposta di T.S.O. deve essere convalidata da un secondo medico appartenente alla Asl di competenza territoriale (art. 34, comma 4), di solito uno psichiatra.

La procedura termina con la convalida del provvedimento del Sindaco da parte del Giudice Tutelare di competenza che, attraverso il messo comunale, riceverà gli atti entro 48 ore dal ricovero (art. 35, commi 1-2).

Il T.S.O. ospedaliero ha una durata massima di sette giorni, qualora però si mantengano le condizioni che hanno indotto a proporlo, il responsabile del servizio psichiatrico è tenuto a formulare richiesta di proroga, «indicando la ulteriore durata presumibile del trattamento stesso» (art. 35, comma 4) (26).

Alla luce di quanto si è detto, sembra opportuno ritenere che nell'attuale quadro legislativo il trattamento sanitario obbligatorio - al pari di quello volontario - non possa che essere giustificato esclusivamente da fini terapeutici (di tutela della salute mentale del paziente), e non possa più essere interpretato e applicato (dopo la "legge Basaglia") come una misura di difesa sociale, finalizzata a neutralizzare la presunta pericolosità sociale del malato psichiatrico in assenza di un'effettiva necessità terapeutica.

La connotazione essenzialmente terapeutica sarebbe confermata dal fatto che, anche nel contesto del trattamento sanitario obbligatorio, il sanitario è tenuto ad esperire ogni iniziativa concretamente possibile per mantenere intatta, fin dove possibile, la possibilità di una partecipazione consapevole da parte del paziente (art. 33, comma 5, L. n. 833/1978).

Tra le esigenze terapeutiche potrebbe sicuramente rientrare la gestione del rischio di suicidio del paziente (giacché per tutelare la sua salute psicofisica occorre, *a fortiori*, preservare la sua vita e la sua incolumità). Inoltre, qualora dalla patologia derivino atti aggressivi nei confronti di terzi, lo psichiatra dovrà fare uso di tutti gli strumenti legittimi a sua disposizione per poterli contenere, ivi compreso il ricorso al T.S.O. In entrambi i casi è necessario, però, che la scelta del T.S.O. sia funzionale esclusivamente al percorso terapeutico che lo psi-



chiatra, secondo la sua competenza, ritenga più adeguato.

La condotta dello psichiatra può assumere rilevanza penalistica nell'ambito del T.S.O. con riferimento a tre problemi: in primo luogo, possono sussistere profili di responsabilità rispetto alla fondatezza (o all'erroneità) dei giudizi diagnostico-prognostici formulati per affermare o anche per negare la necessità del ricovero; in secondo luogo, in merito alla fondatezza (o all'erroneità) degli stessi giudizi volti a stabilire la persistenza o la cessazione delle condizioni cliniche che avevano determinato la necessità del T.S.O.; infine, in relazione alla corretta valutazione (inizialmente e nel corso del trattamento) delle condizioni che legittimano un ricovero coattivo per T.S.O. rispetto a quelle che giustificano semplice un ricovero volontario (27).

Dall'analisi delle diverse pronunce che si sono occupate della posizione di garanzia dello psichiatra si riscontra un'evoluzione del pensiero giurisprudenziale su questo tema.

Nei primi anni successivi alla Riforma del 1978 - e, quindi, a seguito della nuova concezione del malato di mente non più come un "pericolo sociale", necessariamente da internare o neutralizzare, bensì come un paziente comune, bisognoso di protezione e di cura al pari d'ogni altro - la tutela del diritto di autodeterminazione dell'individuo fu valorizzata fino ad escludere, in certi casi, che i medici e gli infermieri potessero incorrere in responsabilità colposa per aver omesso di predisporre misure idonee ad impedire gesti autolesivi di pazienti ricoverati nel reparto di psichiatria.

Un esempio di questo indirizzo si trova sostanzialmente riassunto nella massima secondo la quale *«nell'ipotesi di suicidio per defenestramento, non deve essere considerato responsabile di omicidio colposo il medico il quale, con riferimento ad un paziente che aveva ingerito una quantità incongrua di farmaci e che era affetto da patologie cardiache e gastriche, ne ha disposto il ricovero in reparto ospedaliero senza predisporre alcuna forma di sorveglianza specifica o trattamento farmacologico sedativo. Non fa capo al medico, in assenza di una accertata malattia mentale o di una patologia tale da incidere sulla capacità di libera determinazione e estrinsecarsi in prevedibili comportamenti autolesivi, l'obbligo e neppure il diritto di impedire al paziente di assumere la deliberazione di uccidersi in quanto questi compie, anche se in forma estrema, un gesto di libertà, e del resto la legislazione vigente in materia di trattamento sanitario obbligatorio è mediata da una serie di controlli e garanzie ed è consentita solo nei confronti delle persone affette da malattie mentali che manifestano alterazioni psichiche tali da far richiedere urgenti interventi terapeutici non accettati dal paziente»* (28).

Dello stesso avviso la decisione della Corte d'Assise di Cagliari (29) di assolvere un primario del servizio psichiatrico per la morte di un ragazzo affetto da sofferenza neuropsichica - personalità *borderline* - ricoverato in seguito a trattamento sanitario obbligatorio, suicidatosi poche ore dopo la dimissione dall'ospedale in cui era stato ricoverato, dopo che questi aveva richiesto di essere dimesso dimostrandosi capace di provvedere a sé stesso, e perciò difettando in tal caso le condizioni per disporre un nuovo T.S.O. L'accusa aveva contestato il reato di abbandono di persona incapace, aggravato dalla sua morte (art. 591, comma 3, c.p.), ma la Corte aveva assolto lo psichiatra per insussistenza del fatto motivando che le norme della L. n. 180/1978 *«esaltano la libertà e dignità del malato, confinandolo a casi del tutto eccezionali la terapia coercitiva e intramuraria»*. Pertanto, tali norme *«non possono incidere sull'obbligo di custodia»*.

Si affermava l'idea che a carico del medico del centro di igiene mentale non potessero di regola porsi *«compiti di polizia»*

(30). In quest'ottica, è da ritenere che obblighi di mero controllo che esulino da esigenze di prevenzione, cura e riabilitazione dei disturbi psichici siano estranei alla sfera operativa e alle funzioni tipiche del medico psichiatra. *«In particolare, non può essere posto a carico dello psichiatra il dovere di custodia e vigilanza del paziente rispetto ad atti autolesivi, perché questi ultimi, pur guardati con sfavore dall'ordinamento, restano nello spazio del penalmente irrilevante»* (31).

Di contro, le recenti sentenze emesse dalla Sezione IV della Cassazione penale fondano l'esonero della responsabilità per il suicidio del paziente non nella mera libertà e/o eccezionalità del gesto estremo, bensì nella comune diligenza professionale attraverso la quale valutare *ex ante* e in concreto la continenza della condotta dello psichiatra entro gli esatti confini del rischio che gli fosse consentito.

Si addebita così allo psichiatra l'omessa predisposizione di misure preventive contro gli atti di autolesionismo, come in una vicenda nella quale il medico non aveva impartito precise, vincolanti e rigide disposizioni agli infermieri circa la necessità di esercitare un ininterrotto controllo sul paziente ricoverato in regime di T.S.O., il quale, dopo aver in precedenza tentato il suicidio, realizzava il suo proposito impiccandosi nel bagno, ove si era recato senz'alcun controllo e recando con sé le lenzuola con cui realizzava una rudimentale corda (32).

Si consideri che è opinione comune, come testimonia un costante indirizzo giurisprudenziale, che la posizione di garanzia sussista a prescindere dal titolo della cura, operando sia che il paziente sia sottoposto a T.S.O. sia che egli abbia volontariamente chiesto o accettato di curarsi (33).

Alla luce di quanto detto, non si può astrattamente escludere un addebito di responsabilità, per l'omesso impedimento degli agiti del paziente, nei confronti dello psichiatra che abbia ritenuto di non dover adottare un T.S.O. Sarà tuttavia necessaria una rigorosa valutazione per accertare la contemporanea sussistenza, innanzitutto, di profili di colpa nell'esercizio della discrezionalità tecnica in merito all'opportunità del ricovero coattivo e, in secondo luogo, che la condotta omessa avrebbe (con probabilità vicina alla certezza) impedito il verificarsi dell'evento lesivo. In caso contrario si spaccerebbero come funzioni terapeutiche quelle che in realtà sono funzioni custodiali, in palese violazione con la volontà del legislatore che, con il sistema introdotto dal 1978, ha inteso tutelare il bene giuridico "salute" del paziente (34).

## 7. Un caso pratico di responsabilità dello psichiatra.

Con la sentenza n. 24138/2022, la Corte di Cassazione (35) è tornata a definire il perimetro della responsabilità penale dello psichiatra, responsabile di omicidio colposo per non aver prevenuto il rischio suicidario.

Dalla lettura della sentenza in commento, l'imputazione di omicidio colposo trae origine dall'evento tragico di una donna lanciata dal balcone della propria abitazione. Il fatto era stato preceduto da due tentativi di suicidio scavalcando il parapetto del medesimo balcone e impediti in limine dall'intervento di familiari conviventi, il primo, e, il secondo, di appartenenti alle forze dell'ordine, ivi presenti su richiesta di pronto intervento sollecitato all'esito del primo atto anticonservativo.

La fattispecie di reato veniva contestata come commessa, in cooperazione colposa o comunque con condotte indipendenti, da due medici psichiatri (che avevano visitato in momenti successivi la paziente) per colpa generica, consistita in imprudenza, negligenza e imperizia, nonché per colpa specifica, consistita nella violazione delle regole di riferimento dell'arte

medica e nell'inosservanza degli artt. 33 e 34 L. n. 833/1978 e, in particolare, per la mancata attivazione della procedura di T.S.O. nei confronti della donna, ancorché affetta da «disturbo di personalità *borderline*», «*bulimia nervosa*», «disturbo del comportamento alimentare» e con pregressi ricoveri per episodi di autolesionismo e ingestione incongrua di farmaci. In primo grado, i due psichiatri (che avevano scelto di definire il processo a loro carico con il giudizio abbreviato) venivano condannati dal G.U.P. del Tribunale di Milano per la fattispecie a loro ascritta.

In secondo grado, invece, la Corte d'appello di Milano, ritenendo corretto l'approccio terapeutico dei due psichiatri, di tipo farmacologico e non restrittivo (mediante T.S.O.), riformava la sentenza assolvendo gli imputati per l'insussistenza del fatto loro contestato.

Avverso la sentenza assolutoria la Procura generale presso la Corte d'appello di Milano proponeva ricorso per cassazione, esclusivamente con riferimento alla posizione di uno dei due psichiatri, ritenendo che la sentenza di secondo grado violasse i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in merito alla responsabilità dello psichiatra per la morte per suicidio del proprio paziente.

La Procura, in particolare, deduceva inosservanza e erronea applicazione di legge oltre che mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione della sentenza impugnata che, aderendo alle conclusioni dell'espletata perizia in appello, non aveva tenuto in debito conto gli elementi di prova della responsabilità contenuti nel fascicolo processuale, i quali, viceversa, deponevano per l'esistenza di un concreto rischio suicidario messo in pratica dalla vittima, rispetto al quale il T.S.O. pretermesso avrebbe potuto avere efficacia salvifica.

I Giudici di legittimità accoglievano il ricorso della Procura, annullando con rinvio la sentenza impugnata.

La pronuncia in commento fa una sintesi efficace della casistica che si è posta (a partire dalla già menzionata sentenza n. 48292/2008, che ha inaugurato questo filone giurisprudenziale) sulla posizione di garanzia che assume lo psichiatra rispetto all'atto autolesionistico, evidenziando quello che è il principio che la giurisprudenza di legittimità applica per riconoscere la responsabilità penale dello psichiatra: *«in merito la giurisprudenza di legittimità ha difatti da tempo chiarito che il medico psichiatra è titolare di una posizione di garanzia che comprende un obbligo di controllo e di protezione del paziente (36), diretto a prevenire il pericolo di commissione di atti lesivi ai danni di terzi (37) e di comportamenti pregiudizievoli per sé stesso (38)»*.

Richiamava dunque la Suprema Corte alcune delle sue precedenti decisioni in tema, tracciando un quadro di riferimento per la responsabilità dello psichiatra:

- Cass. pen., Sez. IV, 18 maggio 2017, n. 43476, nella quale i Giudici di legittimità avevano ritenuto immune da censure l'affermazione di responsabilità di un medico, in servizio presso il reparto psichiatrico di un ospedale pubblico, per il reato di omicidio colposo commesso in danno di una paziente. Nella ricostruzione giudiziale dei fatti la donna, affetta da schizofrenia paranoide cronica, si presentava in ospedale dopo avere ingerito un intero flacone di Serenase; il medico, dopo aver constatato che la paziente non manifestava segni clinici di intossicazione da farmaco, la congedava senza attivare alcuna terapia e alcun meccanismo di controllo. Qualche ora dopo la donna si suicidava lanciandosi dal balcone della propria abitazione.

- In altro precedente (Cass. pen., Sez. IV, 14 giugno 2016, n. 33609) la Corte aveva ritenuto immune da censure la pronuncia che aveva affermato la responsabilità di un medico del reparto di psichiatria di un ospedale pubblico per il suicidio di una paziente, ricoverata con diagnosi di disturbo bipolare in fase depressiva, nei confronti della quale aveva omesso di assicurare una stretta e continua sorveglianza, sebbene le notizie anamnestiche e la diagnosi di accettazione avessero reso evidente il rischio suicidario (39).
- Su tutte, circa la sussistenza in capo al medico psichiatra di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, anche se questi non sia sottoposto a ricovero coatto, Cass. pen., Sez. IV, 27 novembre 2008, n. 48292, che aveva confermato l'affermazione di responsabilità del primario e dei medici del reparto di psichiatria di un ospedale pubblico per omicidio colposo in danno di un paziente che, ricoveratosi volontariamente con divieto di uscita senza autorizzazione, si allontanava dal reparto dichiarando all'infermiera di volersi recare a prendere un caffè al distributore automatico situato al piano superiore, sennonché raggiungeva la finestra del corridoio di altro piano dell'edificio e si suicidava, gettandosi nel vuoto.

Non vi è dubbio, però, che il riconoscimento di una posizione di garanzia non significa responsabilità automatica ed immediata in capo al medico psichiatra. Ciò che occorrerà verificare è se allo stesso possa essere mosso un rimprovero in termini per lo più colposi.

E in effetti, pur richiamando tutte queste sentenze in cui viene confermata la responsabilità dello psichiatra, nel caso in esame la Cassazione si concentra sulla vicenda specifica e, valorizzando il profilo dell'elemento soggettivo, giunge ad affermare che *«nell'ipotesi di suicidio di un paziente affetto da turbe mentali, è da escludere la sussistenza di un'omissione penalmente rilevante a carico dello psichiatra che lo aveva in cura quando risulti che il medico, nella specifica valutazione clinica del caso, si sia attenuto al dovere oggettivo di diligenza ricavato dalla regola cautelare, applicando la terapia più aderente alle condizioni del malato e alle regole dell'arte psichiatrica»*.

Sul punto veniva richiamata Cass. pen., Sez. IV, 4 febbraio 2016, n. 14766, secondo la quale, nel caso del suicidio di un paziente affetto da turbe mentali, qualora si arrivi a dimostrare che il terapeuta abbia applicato, nell'economia complessiva della specifica valutazione clinica, la terapia più aderente alle condizioni del malato ed alle regole dell'arte psichiatrica (ad esempio con somministrazione di farmaci antidepressivi appropriati), può dirsi che il medico non avrebbe dovuto comportarsi diversamente da come ha fatto, disponendo una differente iniziativa (pur fattualmente dotata di efficacia impeditiva dell'evento). In conclusione, che non ha errato nel non averla disposta e non ha omesso una doverosa condotta. Nella fattispecie, la Corte aveva ritenuto immune da censure l'assoluzione del medico psichiatra e della psicologa, in servizio presso una casa circondariale, dall'imputazione di omicidio colposo per il decesso di un detenuto per impiccagione, sul rilievo che, alla luce dei dati clinici in loro possesso e ai parametri di valutazione individuabili nella letteratura scientifica, non poteva ravvisarsi un rischio di suicidio concreto e imminente, dovendo per altro verso escludersi ogni loro responsabilità per le carenze organizzative della amministrazione penitenziaria (40), dovute alla presenza di una cella con finestra dotata di un appiglio per agganciare il lenzuolo utilizzato per il gesto auto-soppressivo.

Se è dunque vero che la giurisprudenza è particolarmente severa nei confronti del medico psichiatra, riconoscendo una

duplice posizione di garanzia (tanto nei confronti degli atti auto-lesivi del soggetto psichiatrico, quanto nei confronti degli atti etero-lesivi), è altresì vero che, allo stesso tempo, vi sono alcune sentenze in cui, valorizzando il profilo dell'elemento soggettivo (e quindi l'insussistenza di un comportamento a lui rimproverabile), il terapeuta non risponde dell'evento auto o etero-lesivo del paziente.

## 8. Considerazioni conclusive

L'analisi fin qui condotta dà evidenza dell'innalzamento del rischio professionale legato all'attività dello psichiatra, idoneo ad ingenerare un conseguenziale atteggiamento di "medicina difensiva", con evidenti ripercussioni sull'adeguatezza delle cure a causa delle cautele adottate dal personale sanitario. Questo primariamente allo scopo di evitare di incorrere in procedimenti penali, con conseguente e vieppiù crescente stato di angoscia per il medico, che a cascata può ripercuotersi (e spesso si ripercuote) sulla qualità delle prestazioni erogate e, in definitiva, sugli stessi pazienti.

Questo modo di vedere l'attività dello psichiatra rischia, da un lato, di riassegnare allo stesso compiti di difesa sociale e di doveri di custodia tipici del regime manicomiale, abrogato dalla L. n. 180/1978 a favore di cure maggiormente rispettose della libertà e dignità umana, e dall'altro di favorire (o addirittura riesumare) un'immagine del paziente come "folle" socialmente pericoloso.

Se è pacifico che in capo allo psichiatra vi sia un obbligo di protezione, più controversa è invece la configurabilità di una posizione di controllo. L'incremento di processi per responsabilità professionale e delle sentenze di condanna ha alimentato la percezione che lo psichiatra si trovi al centro di forze centrifughe, "fra l'incudine e il martello" (41), minacciato contemporaneamente dal duplice pericolo di essere chiamato a rispondere in sede giudiziaria per aver compresso eccessivamente le libertà del paziente in nome della sicurezza sociale o per non averle limitate sufficientemente nella prospettiva di promuoverne salute e libertà.

In conclusione, è a questo punto indubbio che la psichiatria rappresenti uno dei settori della medicina più intrisi di difficoltà e di incertezze, dove la gran parte delle patologie rende la condotta imprudente e/o inconsulta del paziente psichiatrico imprevedibile, con conseguente difficoltà nel ricollegare la patologia ad un preciso schema prognostico.

Diventa allora compito di tutti gli operatori del diritto quello di trovare il punto di sintesi e di equilibrio tra posizione di garanzia, obblighi impeditivi e regole cautelari, onde evitare - nell'interesse dei pazienti, delle loro famiglie e dell'intera società civile - che la medicina delle evidenze e delle scelte declini verso la "medicina dell'obbedienza giurisprudenziale", da cui consegue una «progressiva accettazione e cristallizzazione di precetti di condotta medica di provenienza giurisprudenziale che spesso non hanno reale fondamento nella scienza e nella prassi medica» (42).

## Note.

(1) Cass. pen., Sez. IV, (ud. 01/12/2004) 11/03/2005, n. 9739, in *One LEGALE*.

(2) Gruppo di lavoro della Società Italiana di Psichiatria, *La posizione di garanzia in psichiatria* (consultabile on-line sul sito *psichiatria.it*).

(3) Cass. pen., Sez. IV, (ud. 14/11/2007) 11/03/2008, n. 10795, in *One LEGALE*. In dottrina si vedano le riflessioni di L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, in A. Belvedere, S. Riondato, *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 835.

(4) Cass. pen., Sez. IV, (ud. 04/02/2016) 11/04/2016, n. 14766, in *One*

*LEGALE*.

(5) In dottrina si esprime efficacemente questo concetto affermando che l'omissione è un concetto di carattere normativo e di relazione che si sostanzia nel *non facere quod debetur*. Tra gli altri, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, VII edizione, Milano, 2019, p. 244 ss. e D. Brunelli, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, p. 37 ss. (consultabile on-line sul sito *discrimen.it*).

(6) Cass. pen., Sez. Unite, (ud. 10/07/2002) 11/09/2002, n. 30328, in *One LEGALE*. Si veda, tra gli altri, R. Blaiotta, *La sentenza Franzese: ascendenze e proiezioni nel futuro*, in *Riv. It. Med. Leg.*, fasc. 4/2022, p. 1000 ss.

(7) D. Vasapollo, L. Cimino, *La responsabilità professionale dello psichiatra fra esigenze di cura ed istanze sociali*, Milano, 2021, p. 151.

(8) Cass. pen., Sez. IV, (ud. 05/05/2021) 03/06/2021, n. 21554, in *One LEGALE*.

(9) Cass. pen., Sez. IV, (ud. 04/02/2016) 11/04/2016, n. 14766, in *One LEGALE*.

(10) G. Dodaro, *La responsabilità penale dello psichiatra*, in P. Piccialli (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano, 2021, p. 363 ss.

(11) Cass. pen., Sez. IV, (ud. 20/04/2017) 07/06/2017, n. 28187, in *One LEGALE*.

(12) Cass. pen., Sez. IV, (ud. 29/03/2018) 29/05/2018, n. 24109, in *One LEGALE*.

(13) È ormai pacificamente riconosciuto nel nostro sistema penale il principio di colpevolezza, dal quale deriva il principio fondamentale, sancito anche a livello costituzionale dall'art. 27, della responsabilità penale personale, a cui fa seguito, quale corollario, la regola fondamentale secondo la quale un soggetto non può rispondere penalmente per un evento che non sia a lui attribuibile sotto il profilo soggettivo, oltre che sotto quello oggettivo. La responsabilità di natura dolosa, che richiede la necessità che l'agente abbia voluto il verificarsi dell'evento o l'abbia accettato come conseguenza della propria condotta (come espressamente previsto dall'art. 43, comma 1, c.p.), costituisce la forma ordinaria di responsabilità colpevole per i delitti. Solo eccezionalmente, e a seguito di esplicita previsione normativa, questa categoria di reati è punita a titolo di colpa o di preterintenzione, in accordo alla regola dettata dall'art. 42, comma 2, c.p.

(14) V. Nizza, *La nuova colpa penale del medico*, Milano, 2019, p. 101 ss.

(15) Cass. pen., Sez. Unite, (ud. 24/04/2014) 18/09/2014, n. 38343, in *One LEGALE*. La pronuncia è stata oggetto di numerosi commenti, tra tanti: G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssen-Krupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1/2015, p. 77 ss.; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass.*, S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2/2015, p. 623 ss.

(16) Meritevole di essere rammentata è in particolare Cass. pen., Sez. IV, (ud. 22/11/2011) 01/02/2012, n. 4391, in *One LEGALE*.

(17) G. Iadecola, *Lo stato dell'arte nella colpa medica, tra leggi temporanee ed aperture giurisprudenziali*, 16 aprile 2024 (consultabile on-line sul sito *www.sistemapenale.it*).

(18) G. Cosmacini, *La medicina non è una scienza. Breve storia delle sue scienze di base*, Milano, 2008, p. XI.

(19) Corte cost., sentenza n. 438/2008, in *One LEGALE*: «La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

(20) «Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nel-



*l'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: - il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge [...].*

(21) «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

(22) C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, cit., p. 72 ss.

(23) J. M. Birkhoff, *Informare il paziente psichiatrico sul suo disturbo mentale e sulle cure possibili: dovere o facoltà?*, in U. Fornari, S. Jourdan (a cura di), *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Torino, 2006, p. 25.

(24) D. Vasapollo, L. Cimino, *op. cit.*, p. 191 ss.

(25) Sulle condizioni al ricorrere delle quali è possibile intervenire con T.S.O. a prescindere dal consenso informato del paziente si veda Cass. civ., Sez. III, ord., 11 gennaio 2023, n. 509, in *One LEGALE*.

(26) Si segnala che, nelle more della conclusione del presente lavoro, la Prima sezione civile della Corte di Cassazione è intervenuta in materia con l'ordinanza n. 24124 del 9 settembre 2024 (ud. 14/06/2024). Trattasi di un'interessante pronuncia con cui la Suprema Corte ha sollevato questione di incostituzionalità della disciplina procedurale in materia di trattamenti sanitari obbligatori (artt. 33, 34 e 35 L. n. 833/1978), nella parte in cui non prevede - in condizioni di degenza ospedaliera - la notificazione dei provvedimenti, nonché passaggi procedurali a garanzia del diritto essenziale al contraddittorio ed alla difesa dell'interessato.

(27) G. Canepa, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. It. Med. Leg.*, fasc. 1/1983, p. 25.

(28) Trib. Busto Arsizio, 27 maggio 1999, in *Foro Ambrosiano*, 2000, 314.

(29) Corte d'Assise Cagliari, 16 settembre 1999, in *Foro it.*, 2000, II, 577.

(30) Cass. pen., Sez. II, 11 maggio 1990, Manuali, in *Cass. pen.* 1991, I, 68: «In tema di trattamento sanitario obbligatorio, il ricovero coattivo di infermi di mente deve essere disposto come rimedio estremo con carattere temporaneo, mentre, d'altro canto, non possono essere posti a carico del medico del centro di igiene mentale compiti di polizia il cui svolgimento può essere reso necessario dal malato di mente; ne consegue che non può essere ritenuto responsabile del reato di cui all'art. 328 c. p. il medico del centro di igiene mentale che abbia omesso di promuovere un ricovero finalizzato alla rimozione di una stabile situazione familiare di generica pericolosità».

(31) A. Fiori, D. Marchetti, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 2016, p. 224.

(32) Cass. pen., Sez. IV, (ud. 12/01/2005) 12/04/2005, n. 13241, in *One LEGALE*.

(33) Cass. pen., Sez. IV, (ud. 27/11/2008) 29/12/2008, n. 48292, in *One LEGALE*: «Anche fuori dalle ipotesi di ricovero coatto lo psichiatra è titolare di una posizione di garanzia, sullo stesso gravando doveri di protezione e di sorveglianza del paziente in relazione al pericolo di condotte autolesive (e, naturalmente, eterolesive)»; con nota di P. Piras, C. Sale, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, in *Cass. pen.*, fasc. 4/2010, p. 1471 ss.

(34) A. Fiori, D. Marchetti, *op. cit.*, p. 226 ss.

(35) Cass. pen., Sez. IV, (data ud. 25/05/2022) 23/06/2022, n. 24138, in *One LEGALE*.

(36) Quindi duplicità della tipologia di posizione di garanzia.

(37) Posizione "di controllo".

(38) Posizione "di protezione".

(39) In senso critico: P. Pellegrini, *Se lo psichiatra è "colpevole" per il suicidio di una sua paziente* (consultabile on-line sul sito [www.quotidiano-sanita.it](http://www.quotidiano-sanita.it)), il quale segnala che «una psichiatria che vede il paziente psichiatrico come una persona sempre da proteggere da sé stesso e dagli altri, in fondo sempre pericoloso, irresponsabile, incapace, da tutelare e di fatto con diritti diminuiti non è corretta nel sotto il profilo scientifico ed etico ma anche terapeutico. Si determinerebbe una pratica del tutto al di fuori della complessità scientifica, dei molteplici fattori biologici, psicologici e sociali fortemente intrecciati e in reciproca costante influenza (anche nel suicidio), molto lontana dall'insieme degli elementi (orientati alla recovery) che portano al miglioramento e alla guarigione. Una psichiatria gentile e umile, consapevole dei suoi limiti nella prevedibilità dei comportamenti umani e della scarsa prevedibilità delle condotte aggressive, autolesive e suicidarie [...]».

(40) Non meno rilevanti le gravi carenze organizzative delle strutture sanitarie, prese in considerazione dal legislatore in occasione dell'emergenza Covid-19 ed anche successivamente, volutamente non trattate dal presente lavoro. Per un approfondimento sul tema, per tutti, si veda P. Piras, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, 23 febbraio 2024 (consultabile on-line sul sito [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)).

(41) M. Zanchetti, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Cassazione Penale*, fasc. 9/2004, p. 2859 ss.

(42) Richiamando l'efficace formula di sintesi di A. Fiori, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, fasc. 4-5/2007, p. 925 ss.

## Sezione di deontologia forense

# Documenti

### *Alcuni principi in tema di compenso professionale e spunti di riflessione sul patto di quota lite.*

**Fabio De Santis\*\***

*Avvocato del Foro di Massa*

**Sommario:** 1. *Principi cardine in tema di compenso professionale.* - 2. *La forma scritta dell'accordo sui compensi.* - 3. *Spese generali ed equo compenso.* - 4. *Il patto di quota lite. Considerazioni generali.* - 5. *Il patto di quota lite, prospettive di riforma e spunti di riflessione.*

#### **1. Principi cardine in tema di compenso professionale.**

La giurisprudenza disciplinare ha delineato e ribadito da ultimo (1) alcuni principi cardine che regolano i rapporti tra avvocato e cliente in tema di determinazione convenzionale del compenso prendendo, in alcuni casi, spunto anche dal c.d. patto di quota lite.

Infatti, seppure “la pattuizione dei compensi è libera”, come previsto sia dalla legge forense (2) sia dall’art. 2233 Codice civile (3), ciò non può essere intesa come mero arbitrio dell’avvocato nella quantificazione dei propri compensi verso il cliente con cui è legato da un rapporto di fiducia.

Le sentenze del CNF, *in primis*, riaffermano che i rapporti economici tra avvocato e cliente non possono prescindere dal complesso delle norme deontologiche che regolano i canoni generali di lealtà, probità e correttezza a cui l’avvocato deve sempre ispirarsi, specialmente con il cliente.

Dall’altra parte, strettamente collegati ai precedenti canoni deontologici, sono fondamentali quei “*principi di proporzione e ragionevolezza nella pattuizione del compenso che rimangono l’essenza comportamentale richiesta all’avvocato, indipendentemente dalle modalità di determinazione del corrispettivo allo stesso spettante*” (4).

Difatti “la conformità del compenso liberamente pattuito *inter partes* a canoni di adeguatezza e proporzionalità rispetto all’attività professionale svolta o da svolgere (ex art. 29, quarto comma, in relazione all’art. 25, primo comma, codice deontologico forense)” è un ulteriore e necessario elemento affinché un patto di quota lite (nel periodo transitorio ammesso) possa ritenersi valido in quanto lo stesso non potrà mai “derogare al divieto deontologico di richiedere compensi manifestamente sproporzionati” (5).

La proporzionalità del compenso per l’attività professionale rappresenta un elemento imprescindibile e un concetto essenziale nella quantificazione e richiesta dei propri compensi.

#### **2. La forma scritta dell'accordo sui compensi.**

Altro principio da non trascurare, o meglio un requisito, in tema di compensi professionali è la forma dell’accordo stesso. Il compenso professionale tra avvocato e cliente deve rivestire

la forma scritta, a pena di nullità, ex articolo 2233 del Codice civile che, come sottolineato dalla Corte di Cassazione (6) “*non può ritenersi abrogato dall’articolo 13, secondo comma, Legge n. 247/2012, lì dove ha stabilito che per il compenso spettante al professionista e pattuito di regola per iscritto all’atto del conferimento dell’incarico ... la novità legislativa, lasciando impregiudicata la prescrizione contenuta nell’articolo 2233, ultimo comma, codice civile, ha inteso disciplinare non la forma del patto, che resta quella scritta a pena di nullità, ma solo il momento in cui stipularlo, che di regola è quello del conferimento dell’incarico professionale*”, conseguentemente,

a) tanto la proposta quanto l’accettazione devono rivestire la forma scritta, non essendo a tale scopo sufficiente un comportamento concludente, né la scrittura in parola può essere sostituita da mezzi probatori diversi, come una dichiarazione di quietanza, ovvero una fattura;

b) la prova per presunzioni semplici ex articolo 2729 Codice civile è ammissibile, al pari della testimonianza, soltanto nell’ipotesi prevista dagli articoli 2725 e 2724, numero 3 Codice civile, di perdita incolpevole del documento.

La Cassazione (7), sul presupposto fattuale che il compenso professionale era stato determinato con delibera societaria a cui l’avvocato aveva poi aderito dando esecuzione al mandato ed emettendo la relativa fattura, ma senza formalizzare l’accettazione, ha escluso l’esistenza di un valido accordo sul compenso.

Ricordiamo comunque che la stessa Corte di Cassazione (8) (in altra vicenda processuale) ha ritenuto che qualora l’accordo di determinazione sul compenso sia nullo (nel caso specifico, per violazione del divieto di patto di quota lite), tale vizio non inficia l’intero contratto al patrocinio ex articolo 1419 Codice civile, sicché l’attività professionale svolta deve essere comunque remunerata, sebbene in applicazione dei parametri forensi che non possono essere liquidati al disotto dei valori minimi in quanto aventi carattere inderogabile (9).

#### **3. Spese generali ed equo compenso.**

Altro principio nella determinazione del compenso è che il rimborso c.d. forfetario delle spese generali costituisce “una componente delle spese giudiziali, la cui misura è predeterminata dalla legge e compete automaticamente al difensore, anche in assenza di allegazione specifica e di apposita istanza, che deve ritenersi implicita nella domanda di condanna al pagamento degli onorari giudiziali che incombe sulla parte soccombente (Cass. n. 13693 del 2018)” (10).

Eppure, ancora oggi, si mette in discussione se tale “onere accessorio” sia dovuto o meno al difensore in mancanza di specifica richiesta o statuizione del giudice. Sul punto è intervenuto un recente ed articolato parere del CNF su quesito formulato dal COA di Torino (11) alla luce della nuova disciplina sull’equo compenso e l’introduzione del art. 25 bis nel codice deontologico forense.

Il parere esordisce e sottolinea come

“La norma che disciplina le c.d. “*spese forfetarie*” è l’art. 13, comma 10, della legge n. 247/2012, in cui si stabilisce che “Oltre al compenso per le prestazioni professionali, all’avvocato è dovuta, sia dal cliente in caso di determinazione contrattuale [...] una somma per il rimborso delle spese forfetarie [...] nella misura del

\*\* Consigliere dell’Ordine degli Avvocati del Foro di Massa, Segretario dell’Associazione di Deontologia e Disciplina Forense (ADDF).

15% del compenso totale per la prestazione, [...] dette spese forfetarie spettano automaticamente all'avvocato anche in assenza di allegazione specifica e di espressa richiesta (Cass. 4 gennaio 2024, n. 217), differenziandosi dalle spese vive, che invece devono essere documentate e richieste dell'avvocato (le spese vive e documentate non possono essere incluse nella percentuale additiva del rimborso spese generali: Cass. 7 luglio 2020, n. 15985).

La voce "spese forfetarie", prevista da una fonte primaria (e cioè la richiamata legge n. 247/2012) e dal conseguente articolato parametrico di cui al d.m. n. 55/2014 (e successive modificazioni), costituisce un parametro di riferimento vincolante per il giudice nella liquidazione giudiziale del compenso ma anche per le parti: costituisce compenso per l'avvocato, atteso che i parametri costituiscono indicatori di valore economico medio della prestazione professionale; le "spese forfetarie" sono quindi una componente del compenso dell'avvocato e non rientrano fra gli "oneri accessori".

Per poi soffermarsi sulle implicazioni delle spese generali nel sistema dell'equo compenso, affermando che:

"La legge n. 49/2023 sull'equo compenso prevede all'art. 3 che "Sono nulle le clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata [...] sono tali le pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o collegi professionali, fissati con decreto ministeriale, o ai parametri determinati con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'art. 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247".

La riportata normativa distingue, quindi, i parametri previsti per gli avvocati da quelli previsti per gli altri liberi professionisti. [...] Da quanto sin qui dedotto consegue che, sulla base di una interpretazione logico-sistematica della disciplina di cui all'art. 13, comma 10, legge n. 247/2012 e al d.m. n. 55/2014 (e successive modificazioni) e della legge n. 49/2023 sull'equo compenso, l'eventuale riduzione della percentuale del 15% stabilita dal decreto ministeriale per le spese forfetarie dell'avvocato - percentuale quantificata ex lege - determina un ribasso del "compenso" parametrico dell'avvocato, con conseguente violazione della disciplina dell'equo compenso di cui alla legge n. 49/2023.

Le recenti sentenze del Tar Veneto n. 632/2024 e del Tar Lazio n. 8580/2024 hanno affermato la natura di norma imperativa della disciplina di cui alla legge n. 49/2023, come desumibile sia dalla disciplina della nullità di protezione, sia dalla natura dell'interesse protetto (SS. UU. n. 8472/2022) ex art. 36 Cost. e sia dai principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost.; le stesse hanno altresì motivatamente ritenuto infondate le questioni pregiudiziali [...]; infine le citate decisioni dei giudici amministrativi hanno ritenuto illegittime in sede di gara offerte al ribasso sulla voce dei compensi relativa al prezzo (con possibili ribassi solo sulle spese ed oneri accessori) con riferimento però non già alla professione di avvocato, ma a quella di ingegnere ed architetto, per i quali vige una diversa disciplina parametrica (innanzi evidenziata) in cui tra l'altro non è prevista la voce "spese forfetarie", ma solo la voce spese vive" (12).

#### 4. Il patto di quota lite. Considerazioni generali.

Nel mondo romano il "piraticus mos" (13) è sempre stato osteggiato sul (potenziale) presupposto che l'avvocato pur di ottenere il proprio compenso avrebbe fatto di tutto, sia lecito che illecito, per vincere la causa e vedere così corrisposti i propri onorari.

Analoghe considerazioni potrebbero esser fatte anche su quelle modalità di pagamento, offerte o proposte, di ulteriori remunerazioni o guadagni a "causa vinta".

Deve far riflettere come tali offerte siano prospettate da alcuni clienti solo all'inizio del rapporto professionale e prima del conferimento dell'incarico che inconsciamente (nella migliore delle

ipotesi) cercano di ingaggiare un difensore che asseconi al meglio le loro richieste (giuste o sbagliate che siano); o (nella peggiore delle ipotesi) faccia di tutto, di più, lecito o meno non importa, per vincere la "propria" causa. L'avvocato non può certo instaurare un rapporto professionale su tali basi.

Le proposte di ulteriori vantaggi prospettati dal cliente, a ben guardare, oltre che offendere la dignità dell'avvocato e mettere in dubbio la sua correttezza professionale, hanno il solo fine di assoldarlo come mero portavoce o trasformarlo in un complice del cliente. Tutto ciò, non solo compromette l'indipendenza dell'avvocato (nelle sue scelte processuali) ma va a minare l'essenza e l'immagine stessa dell'avvocatura.

In tema di compensi professionali l'avvocato deve evitare di cadere in due diversi eccessi: da un lato richiedere compensi troppo bassi, dall'altro non esigere compensi troppo alti, entrambi inadeguati al decoro della professione, alla sua reputazione e all'immagine forense.

Abbiamo visto che la quantificazione del compenso è rimessa, in generale, all'accordo delle parti ma puntualizziamo che nella determinazione del compenso professionale è consentito legare quest'ultimo al valore della controversia o all'esito previsto, ma non al risultato.

Infatti, "Ai sensi dell'art. 13 L. n. 247/2012, "sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa", mentre è valida la pattuizione con cui si determini il compenso "a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsi, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione".

L'accennata dicotomia legislativa deve essere intesa nel senso che la percentuale può essere rapportata al valore dei beni o agli interessi litigiosi, ma non lo può essere al risultato.

In tal senso deve infatti interpretarsi l'inciso "si prevede possa giovarsi", che appunto evoca un rapporto con ciò che si prevede e non con ciò che costituisce il consuntivo della prestazione professionale, di talché deve in ogni caso ritenersi illecito l'accordo sul compenso stipulato (non a monte dell'incarico professionale, ma a valle di quest'ultimo, cioè) ad incarico pressoché terminato, ovvero allorché l'an ed il quantum della fattispecie contenziosa siano già stati di fatto delineati in entrambe le sue componenti.

Ed è questa la differenza tra il consentito e il non consentito, cioè legare il compenso al valore della controversia o all'esito previsto (consentito) piuttosto che al risultato (non consentito)" (14).

Il patto di quota lite è sempre stato vietato in modo assoluto dall'articolo 2233, terzo comma, Codice civile nella sua originaria formulazione.

Successivamente, per un periodo intermedio (15) è stato ritenuto lecito in base alla modifica dell'articolo 2233 Codice civile, avvenuta con il c.d. "Decreto Bersani" (16) che ne ha stabilito l'obbligo di forma scritta sotto pena di nullità.

Oggi il patto di quota lite è vietato in base all'articolo 13, quarto comma, della Legge Forense.

Mentre il divieto di cessione dei diritti sulla res litigiosa di cui all'articolo 1261 Codice civile (17) non è stato mai modificato, né abrogato.

#### 5. Il patto di quota lite, prospettive di riforma e spunti di riflessione.

Nel XXXV Congresso nazionale forense, nella sezione ulteriore di Roma tenutosi il 15 e 16 dicembre 2023 avente ad oggetto "Un nuovo ordinamento per un'Avvocatura protagonista della tutela dei diritti nel tempo dei cambiamenti globali" è stata presentata ed approvata una mozione congressuale (mozione n. 16) (18) per l'abrogazione del divieto di patto di quota lite.



Alcune argomentazioni (19) della mozione congressuale n.16 aprono diverse questioni o meglio perplessità sulle stesse finalità per cui si richiede l'introduzione del patto di quota. Nello specifico:

la possibilità di un *“ulteriore accesso alla giustizia”*:

*“la reintroduzione del patto di quota lite consentirebbe un più agevole accesso alla giustizia a quei cittadini che, pur superando la soglia di reddito richiesta ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello stato, dispongono di mezzi economici limitati”*.

In altri termini, l'introduzione del patto di quota lite darebbe una maggiore *“garanzia”* a quei soggetti (economicamente) deboli che non avrebbero diversamente *“accesso alla giustizia”* se non versando una quota (del futuro) ricavato al proprio difensore, il quale si *“accollerebbe”* tutti i rischi e gli oneri della causa.

In una lettura ed interpretazione più ampia delle finalità e prospettazioni appena ricordate, occorre tuttavia osservare come la soluzione indicata, ovvero l'introduzione del patto di quota lite per *“garantire” un ulteriore accesso alla giustizia*, sembrerebbe *“garantire”* non solo un *“giusto compenso”* (condizionato alla vittoria della lite), ma forse anche un *quid pluris* all'avvocato. In tali termini, non è peregrina l'ipotesi di un conflitto d'interessi tra avvocato e cliente fondato su un interesse rilevante e personale dell'avvocato all'instaurazione della causa, alla vittoria della stessa, ed infine sulla *res litigiosa*. *“Peloquente espressione: no win, no fee”*,

citata nella mozione congressuale per argomentare sulla bontà del patto di quota lite, a ben vedere non tiene minimamente conto delle conseguenze della soccombenza processuale con condanna alle spese di lite (o ad eventuale condanna per lite temeraria) a carico di quella parte *“debole”* a cui si vorrebbe *“garantire l'accesso alla giustizia”* ... senza spese.

Tale argomentazione, per introdurre il patto di quota lite, sembrerebbe *traghetare* l'attività forense da una obbligazione di mezzi a una obbligazione di risultato con le ovvie conseguenze.

Altro scenario. L'introduzione del patto di quota lite sposterà l'attenzione dal *“soggetto debole”* all' *“oggetto”* della causa. Infatti, contrariamente a quanto ipotizzati: *garantire un “ulteriore” accesso alla giustizia “ai soggetti deboli”*, la prassi prediligerà solo il patrocinio di cause che appariranno *“vantaggiose economicamente”* ovvero che possano garantire un *“giusto” compenso* al professionista.

Quei *soggetti deboli*, a cui si vuole garantire l'accesso alla giustizia con l'introduzione del patto di quota lite, continueranno a non essere tutelati (con il patto di quota lite) almeno in tutte quelle cause *bagatellari o che non garantiscano* al professionista un equo compenso.

*“Una visione arcaica e ottocentesca dell'avvocatura”*:

*“Il divieto del patto di quota lite risulta, pertanto, socialmente iniquo ed inadeguato, perché figlio di una visione arcaica e novecentesca dell'avvocatura, incapace di guardare non solo al futuro ma persino al presente”*.

Siamo tutti d'accordo che l'avvocato di ieri, oggi e domani deve essere correttamente retribuito per l'attività professionale svolta e ciò non solo per la funzione sociale che riveste, quale garante dei diritti, ma per lo stesso decoro e dignità della professione forense.

Così come siamo tutti d'accordo che l'avvocato, non può subire limiti o pressioni di carattere economico o morale per l'esercizio della sua funzione.

L'indipendenza è il primo dei diritti/doveri fondamentali per svolgere la funzione di avvocato.

Tale principio non è trattabile ed è strettamente collegato alla

sua funzione, autonomia e libertà intellettuale. Negare tale principio equivale a negare l'essenza stessa dell'avvocatura. Ovviamente, però quando si parla di indipendenza dell'avvocato, in astratto, la questione sembra scontata, si immagina immediatamente un'aggressione esterna al mondo forense, da parte delle autorità pubbliche, della magistratura, di grandi soggetti economici, ci si infervora con alzate di scudi, ribadendo che il diritto di difesa è inviolabile, costituzionalmente garantito... gli avvocati non possono subire pressioni e limitazioni... gli avvocati hanno il diritto di essere indipendenti! Ma quando spostiamo l'attenzione sul dovere d'indipendenza dal proprio cliente, quella passione e impeto dimostrati per quelle *“aggressioni esterne”*, impallidiscono e molti avvocati dimenticano quel fervore.

Pare scontato che l'avvocato debba affermare sempre la propria indipendenza, probità e dignità anche (e soprattutto) nei confronti del proprio cliente, verso il quale ha un dovere di fedeltà e obbligo di svolgere correttamente il mandato ricevuto.

Ma come si sostanzia in concreto l'indipendenza dell'avvocato verso il proprio cliente?

Sicuramente nell'evitare uno stato di *“sudditanza”* verso il proprio patrocinato e nell'evitare conflitti d'interesse (anche potenziali) a salvaguardia di quel principio d'indipendenza. Ricordiamo che il conflitto d'interessi, art. 24 del codice deontologico, che *concretizza* il principio di indipendenza, al secondo comma statuisce *“L'avvocato nell'esercizio dell'attività professionale deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere, anche correlati a interessi riguardanti la propria sfera personale.”*

Tutto ciò per evidenziare come ogni singola norma deontologica è collegata all'altra e tutte sono strettamente legate ai principi generali che identificano il ruolo e la funzione di avvocato e pertanto, non possiamo modificare o introdurre singole norme nel nostro ordinamento senza tener conto delle ripercussioni sull'intero sistema normativo posto a tutela della funzione e dell'identità dell'avvocatura stessa.

Il sistema ordinistico forense, detta specifiche garanzie per l'avvocatura, necessarie proprio per la sua funzione ed esistenza, che non possono cedere il passo ad una visione limitata ad un mero interesse economico.

In altre parole, l'avvocato deve agire nell'interesse del proprio cliente, non certo per il proprio tornaconto (e non solo economico) pena la compromissione dell'immagine e funzione dell'intera Avvocatura.

Il futuro e la credibilità dell'Avvocatura si fonda sul suo assoluto e incondizionato diritto/dovere d'indipendenza. Non si possono accettare condizionamenti correlati ad interessi riguardanti la propria sfera personale o ad interessi economici. L'Avvocato *“moderno”* non può dimenticare, le sue radici, la sua funzione e la sua essenza.

#### Note.

(1) Da ultimo, CNF sent. n. 1 del 9 febbraio 2023, CNF n. 206 del 9 novembre 2022, CNF n.153 del 3 agosto 2020.

(2) Art. 13, terzo comma, Legge Forense.

(3) L'art.2233 Codice civile stabilisce il principio della libera determinazione del compenso dell'attività professionale.

(4) Vedi nota 2.

(5) CNF n. 206 del 9 novembre 2022

(6) Cass. sent. n. 717 del 12 gennaio 2023

(7) Vedi nota precedente

(8) Cass. sent. n. 7180 del 10 marzo 2023.

(9) Da ultimo Cass. sent. n. 2258 del 6 agosto 2024 che riafferma principi già ribaditi da Cass. sent. n.9815 del 13 aprile 2023 e Cass. sent. n.

14198 del 5 maggio 2022

(10) Corte di Cassazione, Sez. II, sentenza n. 717 del 12 gennaio 2023

(11) Il COA di Torino pone il seguente quesito: “Se sia possibile, in sede di accordo contrattuale (2233 c.c.) e/o di partecipazione ad un bando pubblico, operare una riduzione degli esposti forfettari a importo inferiore al 15% in considerazione del fatto che la primigenia stesura del DM 55/2014 prevedeva all’articolo 2 “una somma per rimborso spese forfettarie di regola nella misura del 15 per cento del compenso totale per la prestazione”, mentre il medesimo articolo (a seguito della modifica apportata dal d.m. n. 147/2022) oggi statuisce per converso “una somma per rimborso spese forfettarie nella misura del 15 per cento del compenso totale per la prestazione”, sintagma che sembrerebbe escludere la possibilità di una riduzione. L’esigenza è determinata dal comprendere se, l’eventuale riduzione, possa compensare una violazione della disciplina sull’equo compenso di cui alla legge n. 49/2023 in combinato disposto con l’art. 13, comma 10, della legge n. 247/2012 e la recente introduzione, nel codice deontologico forense del 2014, dell’articolo 25-bis (violazioni delle disposizioni in materia di equo compenso). Il tutto anche alla luce delle recenti sentenze del TAR Veneto n. 632/2024 e del TAR Lazio n. 8580/2024.

(12) CNF, Parere n. 38 del 28 giugno 2024.

(13) Quintiliano, *Istitutiones - liber XII - caput VII*

(14) Così CNF sent. n. 206 del 9 novembre 2022; CNF sent. 26 del 18 marzo 2014, CNF sent. n. 225 del 30 dicembre 2013.

(15) Cass. SS.UU., sent. n. 6002 del 4 marzo 2021

(16) ex art. 2 decreto-legge n.223 del 2006, convertito con modifiche, nella legge n. 248 del 2006

(17) Art. 1261 Codice civile (Divieti di cessione)

“I magistrati dell’ordine giudiziario, i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, gli ufficiali giudiziari, gli avvocati, i procuratori, i patrocinatori e i notai non possono, neppure per interposta persona, rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione davanti l’autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni.

La disposizione del comma precedente non si applica alle cessioni di azioni ereditarie tra coeredi, né a quelle fatte in pagamento di debiti o per difesa di beni posseduti dal cessionario”.

(18) Mozione n.16 - mozione congressuale per la proposta dell’abrogazione del divieto del patto di quota lite [...] ritenuto che:

- La possibilità di rapportare la percentuale del compenso dovuto soltanto al valore astratto della domanda a prescindere dal suo accoglimento e dalla misura della liquidazione giudiziale, si traduce in un patto che ben difficilmente viene accettato dal cliente, perché si basa sull’improbabile equipollenza tra il chiesto e l’ottenuto;

- Il divieto in questione riguarda quasi esclusivamente gli avvocati italiani. Difatti, la *contingent fee* (negli Stati Uniti) e la *conditional fee* (in Inghilterra e Galles) sono calcolate su una percentuale netta di quanto percepito dal cliente vittorioso secondo l’eloquente espressione: *no win no fee*. Ad oggi le *contingent fee* (e le *conditional fee*) risultano ammesse nei seguenti Stati: Australia, Brasile, Belgio, Canada, Repubblica Dominicana, Francia, Grecia, Irlanda, Giappone, Nuova Zelanda, Regno Unito e Stati Uniti;

- La possibilità di rapportare il compenso dovuto in misura percentuale sulle somme effettivamente liquidate in sede giudiziale, rappresenterebbe un’importante forma di garanzia per quei cittadini, creditori o danneggiati, che si trovino a dover affrontare un giudizio in qualità di “parti deboli”, ovvero nel caso di recupero dei crediti da lavoro dipendente o di controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione stradale o da responsabilità medica. Difatti, in questo modo, il cliente sarebbe tenuto, in corso di causa, soltanto alla anticipazione delle spese vive documentate dall’avvocato;

- Conseguentemente, la reintroduzione del patto di quota lite consentirebbe un più agevole accesso alla giustizia a quei cittadini che, pur superando la soglia di reddito richiesta ai fini dell’ammissione al patrocinio a spese dello stato, dispongono di mezzi economici limitati;

- Il divieto del patto di quota lite risulta, pertanto, socialmente iniquo ed inadeguato, perché figlio di una visione arcaica e novecentesca dell’avvocatura, incapace di guardare non solo al futuro ma persino al presente. Pertanto si propone

La introduzione nel nostro Ordinamento dei patti con i quali l’avvocato possa percepire come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa. [...]

(19) Vedi nota precedente.



FONDAZIONE  
DE FERRARI <sup>ETS</sup>

*Per la cultura dal 2001.*

MOSTRE | CONCERTI | CONVEGNI | INCONTRI | PUBBLICAZIONI  
BIBLIOTECA DEL NOVECENTO

*Bollettino trimestrale di informazione e critica letteraria 'Fogli di Via'*



FONDAZIONE  
DE FERRARI <sup>ETS</sup>

Via Ippolito D'Aste, 3/10 - 16121 Genova

Tel. 010 5956111 - 010 587682 - P IVA E CF 01316280997



