

Comitato Scientifico:

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

Comitato di Direzione:

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

Redazione:

Coordinamento  
Alessandro Barca

Sezione di diritto civile:

Elena Bassoli (E.B.), Lavinia Botto, Cesare Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Coconi (SI.CO.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (F.DM.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisglieri (F.GHI.), Carlo Iavicoli, Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tivy (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

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

Sezione di diritto tributario:  
Antonio Lovisolò

Sezione di diritto penale:  
Roberta Barbarana (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.)

Collaborano

Sezione di diritto civile:

Erika Adamo, Federica Adorni (F.AD.), Chiara Alinovi (A.C.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Alessandro Bigoni (A.BI.), Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Ilaria Busca (I.B.), Francesca Butera (F.B.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Simone Carrea, Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna (S.C.), Valentina Cavanna (V.CAV), Mirko Cavazzana (MK.C.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Marcella Costa (M.COS.), Maria Chiara Costabile (M.C.S.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasso, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Annamaria De Luca (A.DL.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Stefano Faccio, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Carlo Fava, Daniele Ferrari (D.F.), Michela Ferraris (MI.F.), Andrea Ferreccio (A.FRC.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (S.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gegoli (A.GE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Cristina Girardi, Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Domenico Griffo (D.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Vladimir Kusmic (V.K.), Viviana

Isola, Paola M. Ivaldi (P.M.I.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, M. Francesca Lanznaster, Anita Liporace (A.LI.), Franco Longo (F.LO.), Francesca Maberino (F.MA.), Francesca Maisano (FR.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Giulia Milanti (G.M.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLIP.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), Elena Pizzorusso (E.PZ.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Giovanni Porcile, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadè (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Stefano Torchio (S.TOR.), Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Andrea Viaggi (A.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Enrico Zanelli (E.Z.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:  
Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (F.BO.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Omar Caramaschi (O.C.), Marco Castagnola (M.C.), Luca Costanzo (L.C.), Federica Danini (F.D.), Federico Dottori, Simone Frega (S.F.), Alessia Fusco (A.FUS.), Francesco Gallarati (FR.G.), Sarah Garabello (SAR.G.), Chiara Graziani (C.G.), Giovanna Grilli (G.G.), Luca Leonardi (L.L.), Andrea Macchiavello (A.M.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Maria Paola Pessagno, Simone Pitto (S.P.), Federico Ponte (F.P.), Luca Saguato, Alessandro Salustri, Alessia Tranfo (A.T.), Jenny Verduci (J.V.)

Sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Federico Bertocchi (F.B.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Massimiliano Ferrando (M.F.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Caterina Oliva, Alessandra Piccardo (A.P.), Lorenzo Ugolini (L.U.)

Sezione di diritto penale:

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Ilaria Busca, Martina Caputo (M.CAP.), Annalisa Carella (AN.CAR.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Franco Augusto Gastaldo, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Alessandro Magrassi, Paolo Michieli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Naomi Moriano, Ruggero Navarra, Emanuele Olcese, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pitaluga (PA.PITT.), Gabriele Pontepino, Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

Sezione di deontologia:

Fabio Cavaletti, Roberta Caprioli, Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

Direttore responsabile: Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione: De Ferrari Comunicazione S.r.l.,

via Ippolito d'Aste 3 · 16121 Genova

Tel 010 0986820/21/22 · 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

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

# Indice

---

## Sezione di diritto civile

### Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale per i minorenni di Genova, 20 marzo 2018  
Corte d'Appello di Genova, sez. min., 25 luglio 2019 **3**

Tribunale per i minorenni di Genova, 13 maggio 2019 **4**

Corte d'Appello di Genova, 4 luglio 2019 **8**

Tribunale di Savona, 10 maggio 2019 **13**

Tribunale di Savona, 6 ottobre 2019 **15**

Massimario **21**

### Documenti

*La storizzazione del diritto contrattuale.*  
Massimo Brutti **25**

*Come ti riformo la giustizia in Gran Bretagna: l'esperimento delle online courts.*

Michele Marchesiello **33**

*Cronologia di un convegno e quesiti in attesa... di espansione e (perché no?) di attuazione.*

Ugo Carassale **37**

*Posizione processuale e tutela della donna: riflessioni intorno all'actio rei uxoriae.*

Luca Ingallina **41**

*I caratteri del contratto di interest rate swap alla luce della giurisprudenza più recente.*

Giulia Bastianelli Naticchi **46**

### Recensioni

MASSIMO DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione.*

Andrea Fusaro **47**

MARCO BANDIOLI, *Terrorismo nei porti. Minaccia da terra e dal mare (protezione, difesa, contrasto).*

Filippo Maria Torresi **48**

---

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

### Sentenze, Ordinanze e Decreti

Consiglio di Stato, 18 novembre 2019 **52**

T.A.R. Liguria, 24 ottobre 2019 **56**

Massimario **58**

### Documenti

*La richiesta referendaria della Regione Liguria in materia elettorale.*

Lara Trucco **59**

---

## Sezione di diritto tributario

Massimario **62**

---

## Sezione di diritto penale

### Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte d'Appello di Genova, 28 marzo 2018  
Corte di Cassazione, 11 marzo 2019 **67**

*Il rapporto tra il reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi ed il reato di sequestro di persona.*  
di Martina Duina **68**

Tribunale Genova, 6 marzo 2019 **72**

*Tentata circonvenzione di incapace da parte dell'amministratore di sostegno: la difficile prova degli elementi costitutivi della fattispecie.*  
di Gabriele Pontepino **74**

---

## Sezione di deontologia

Massimario del Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria **79**

Documenti del Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria

*Avvocato e pubblicità informativa.*  
Fabio Cavaletti **80**

*Ancora una riflessione sul fatto che "Il rispetto delle regole esige innanzitutto la conoscenza delle regole".*

Roberta Caprioli **80**

## Sezione di diritto civile

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

### I

Tribunale per i minorenni di Genova, 20 marzo 2018 - Pres. est. Cavatorta.

#### **ADOZIONE - adozione internazionale di minorenni - handicap fisico fortemente invalidante - certificato di idoneità all'adozione - diniego al rilascio.**

*Nell'ambito del procedimento per l'adozione internazionale di minorenni ex artt. 29 ss. della legge n. 184 del 1983, osta al rilascio del certificato di idoneità in favore dei coniugi richiedenti la condizione di considerevole invalidità funzionale di un membro della coppia, tale da rendere concretamente improbabile l'autonoma gestione del figlio adottato, il quale potrebbe reagire negativamente alla percezione della fragilità della figura genitoriale. Siffatta condizione rischia infatti di compromettere la stabilità del nucleo familiare, la costituzione di una relazione significativa con entrambi i genitori, nonché il (già complesso) adattamento da parte dell'adottato alla nuova realtà (nella specie, il Giudice, su parere conforme del Servizio Adozioni e senza disporre ulteriori accertamenti, ha ritenuto che la forte motivazione e la capacità affettiva dei coniugi - seppur riconosciute - non fossero elementi sufficienti per considerare la coppia idonea all'adozione, a fronte della critica condizione sanitaria della moglie, affetta da un'invalidità del 100%, che le consentiva di deambulare solo con l'ausilio altrui).*

M.I.F.

### II

Corte d'Appello di Genova, sez. min., 25 luglio 2019, n. 124 - Pres. Atzeni - Est. Davini.

#### **ADOZIONE - adozione internazionale di minorenni - handicap fisico fortemente invalidante - certificato di idoneità all'adozione - rilascio - ammissibilità.**

*La circostanza per cui un soggetto sia affetto da handicap fisico che comporti una (mera) contrazione funzionale - per quanto profonda - non è in assoluto incompatibile con la possibilità di far crescere serenamente un bambino. Ne consegue che l'eventuale invalidità di un membro della coppia richiedente non preclude, di per sé solo, il rilascio del certificato di idoneità all'adozione internazionale, qualora i coniugi risultino comunque capaci di prendersi cura di un minore, poiché dotati di senso critico, comprensione dei propri limiti, solide capacità introspettive ed organizzative (nella specie, la Corte di Appello di Genova, in accoglimento del reclamo presentato dai coniugi avverso il provvedimento di diniego del certificato di idoneità all'adozione a causa dell'invalidità fisica della moglie, ha ritenuto - sulla scorta di licenziata CTU - che detta invalidità, seppur del 100%, non avesse concreta incidenza negativa sulle potenzialità genitoriali né della donna, dotata di equilibrio interiore e notevoli capacità intellettive ed introspettive, né della coppia, solida e fortemente motivata ad adottare).*

M.I.F.

### I

Visti gli atti riguardanti l'istanza (...) tendente ad ottenere il rilascio di certificato di idoneità per l'adozione di un minore straniero;

Vista la relazione degli operatori del SS. Adozioni, Tutela Minori dell'ASI3 Genovese del 6-7-2017;

Rilevato che:

L'indagine è stata svolta mediante 7 colloqui da dicembre 2016 a giugno 2017 e, in ragione delle rilevanti criticità emerse - legate alle condizioni fisiche della signora - il Servizio adozioni ha accolto la richiesta dei coniugi di poter avere un periodo di riflessione circa il prosieguo del percorso;

La relazione conclusiva degli operatori, evidenzia "l'incidenza dei problemi sanitari della signora sul bambino, che potrebbe arrivare in famiglia portando aspettative che non prevedono limitazioni o condizionamenti e/o percepire le fragilità della madre adottiva reagendo in maniera protettiva verso di lei o, al contrario, in modo aggressivo/rifiutante".

Le nuove funzioni introdotte dal passaggio dalla vita di coppia a quella di famiglia con figli che potrebbero essere assunte dal padre, inciderebbero inoltre, in una maniera non pienamente prevedibile sugli equilibri di coppia";

Alla signora Y è stata riconosciuta una invalidità al 100% (con riconoscimento di accompagnamento) per neuropatia periferica di cui soffre dal 1992, le cui cause rimangono ignote; la deambulazione è possibile esclusivamente con ausili e in assenza di dolore (la signora è seguita dall'istituto Clinico Scientifico M, dal 2000 attraverso la terapia del dolore e periodici controlli); Ella svolge attività lavorativa nella forma del telelavoro e, anche dopo il matrimonio, ha mantenuto la postazione computer nell'abitazione dei genitori dove trascorre la giornata; Dalla relazione del Servizio Adozioni si evince che le condizioni sanitarie della signora hanno rappresentato nella storia della coppia un elemento importante: conosciutisi quando l'autonomia negli spostamenti era già gravemente ridotta, la relazione di affettuosa amicizia è nata per l'interessamento, la vicinanza e l'aiuto offerto dal futuro marito;

Ad oggi, il marito emerge "uomo accudente, disponibile e sensibile, che si prende cura delle persone che gli sono care senza risparmiare; relativamente alle criticità evidenziate durante il percorso "ha portato ogni volta l'attenzione sul come affrontarle e superarle";

La genitorialità biologica è stata evitata per non gravare sulle precarie condizioni della signora Y;

Circa il progetto adottivo, la coppia ha espresso la convinzione che "lo spirito di adattamento, la capacità di affrontare i sacrifici, la dedizione reciproca che esprimono, il conoscersi da tempo e profondamente, la solidità dei sentimenti che li unisce siano risorse importanti per realizzarlo";

Sentiti dal giudice e invitati (colloquio del 31.10.2017) a riflettere sugli aspetti di fragilità emersi nel percorso e sulla eventualità di sperimentare l'affidamento prima di proseguire con il progetto adottivo, hanno confermato (colloquio del 15.12.2017) la volontà di "avere un figlio proprio, con tutte le difficoltà che potrebbe comportare o avere";

Il PM ha espresso parere contrario al rilascio del certificato di idoneità, ravvisando nella coppia scarsa consapevolezza dei propri limiti e dei bisogni del bambino;

#### **Ritenuto che**

In ragione dell'età dei richiedenti e dei tempi necessari per l'abbinamento e l'arrivo di un bambino straniero, la coppia potrebbe aspirare ad avere con se un minore in età scolare, che verosimilmente metterebbe a dura prova le energie sia psichiche che fisiche degli adulti;

Che, pur riconoscendo la forza della motivazione dei coniugi e la capacità affettiva di entrambi, non possono essere trascurati né la condizione sanitaria della moglie, che rende improbabile l'autonoma gestione di un figlio, né il rischio che l'equilibrio della coppia, basato anche sull'indispensabile aiuto fornito dal marito, venga meno;

Che, condividendo le preoccupazioni del Servizio Adozioni, la percezione della fragilità della figura materna rischierebbe di compromettere la costruzione di una relazione significativa sia con l'uno che con l'altro genitore e, comunque, di indurre nel minore sentimenti che inficino il già faticoso percorso di adattamento alla nuova realtà;

#### P.Q.M.

Visto l'art. 29 bis comma 3 della Legge 184/83 e successive modifiche,

Respinge la richiesta di certificato di idoneità all'adozione di un minore straniero presentata dai coniugi X e Y.

## II

(...Omissis...)

#### In fatto e diritto.

X e Y erano due coniugi desiderosi di potere adottare un bambino.

Giudicati dalla ASL3 come persone intelligenti, colte e molto unite, presentavano però il problema che Y, a seguito di un intervento chirurgico, aveva avuto una lesione di un nervo con conseguenza di dolori alla gamba, che trattava con antidolorifici e riabilitazione.

Nonostante il trattamento, questa lesione comportava una difficoltà di deambulazione, che avveniva con l'ausilio di stampelle, e la donna, che era stata giudicata invalida al 100% svolgeva un'attività lavorativa solo tramite telelavoro.

Il Tribunale per i minorenni di Genova con provvedimento del 20 marzo 2018 rigettava la richiesta dei due coniugi di certificato di idoneità all'adozione di minore straniero alla luce dell'handicap della donna e della loro età.

X e Y proponevano reclamo contro il provvedimento osservando che tutti i diritti delle persone disabili, incluso quello di adottare, andavano rispettati e che non erano state considerate le normative sulla tutela dei diritti dei disabili.

Inoltre nella sua decisione il Tribunale per i Minorenni di Genova aveva concentrato la sua attenzione solo sui punti deboli della coppia senza valutarne i punti forti.

Nel corso del procedimento era svolta una consulenza tecnica di ufficio sulle capacità genitoriali di entrambi i reclamanti.

Sentite le parti il Collegio all'udienza dell'11 luglio 2019 si riservava la decisione.

La consulenza tecnica d'ufficio ha dato un esito favorevole ai due reclamanti.

La Y ha dimostrato di essere adeguata, con buone risorse intellettive e notevoli capacità introspettive. Sembra avere elaborato strategie di adattamento funzionali a vivere con pienezza nonostante il dolore e le limitazioni nel camminare. Mantiene la speranza di una soluzione positiva ma non si accanisce più in una ricerca spasmodica di soluzioni che nel tempo hanno portato esiti anche negativi. Mostra capacità di apprendere dall'esperienza e di affidarsi. Nonostante che nei lunghi spostamenti sia dipendente da un accompagnatore mantiene una solida autonomia e un rinnovato equilibrio interiore.

Il X ai colloqui è risultato sempre puntuale ed adeguato e mostra un buon funzionamento intrapsichico e interpersonale. Si racconta senza particolari resistenze, anche affrontando momenti dolorosi come il lutto per la perdita dei genitori.

Mostra capacità introspettive, riflessive e di apprendere per esperienza.

Visti come coppia i due ricorrenti si presentano e sembrano essere una coppia molto unita da un sentimento profondo che da amicizia si è trasformata ed arricchita nell'innamoramento. Sono in grado di rievocare spontaneamente aspetti dolorosi della loro storia individuale e di coppia. Paiono dotati entrambi di senso critico e comprensione dei propri limiti, ma soprattutto di capacità introspettive e di mettersi in discussione con onestà intellettuale. La solidità e la capacità organizzativa, notevole e funzionale, emergono come caratteristiche principali su cui hanno fondato il loro vivere quotidiano.

Circa l'handicap fisico della reclamante Y, secondo la valutazione medica, consistendo in una contrazione funzionale del M, non risulta incompatibile con la possibilità di far crescere serenamente un bambino.

Infine i problemi relativi all'età dei due reclamanti sono già risolti con la disciplina della possibile età dell'adottando in base alla quale non sarà possibile l'adozione di bambini troppo piccoli.

#### P.Q.M.

Accoglie il reclamo ed in riforma del provvedimento del Tribunale per i Minorenni di Genova dichiara l'idoneità dei Sig.ri X e Y.

---

Tribunale per i minorenni di Genova, 13 maggio 2019 - Pres. e Rel. Villa.

#### **ADOZIONE - diritto dell'adottato di conoscere le generalità della madre biologica - esclusione nel caso di specie.**

*Il diritto dell'adottato di conoscere, dopo il decesso della madre biologica, le proprie origini trova un limite nella presenza di altri figli della stessa donna. (Nel caso di specie la madre naturale al momento del parto aveva dichiarato di non consentire a essere nominata, ma la ricorrente fonda la sua istanza sui principi fissati dalla Corte cost. n. 278/2013; che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, legge 184/1983, nella parte in cui non si prevede la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre che al momento del parto avesse dichiarato di non voler essere nominata, «ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione» Il Trib. min., però, fonda la propria decisione sulla base della sentenza Corte cost. n. 6963/2018, secondo la quale l'adottato ha diritto di conoscere non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quella delle sorelle e fratelli biologici adulti, «previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza», vicenda in cui il ricorrente «non era stato partorito da donna che intendeva rimanere anonima»).*

Esaminata l'istanza proposta dalla signora X, con cui si chiede l'autorizzazione ad accedere a tutte le informazioni inerenti la propria origine nonché l'identità dei propri genitori biologici e in particolare quella della propria madre biologica.

Premesso che una precedente istanza era stata dichiarata inammissibile con decreto presidenziale 30.3.2011 trattandosi di figlia di madre che non intendeva essere nominata e che, alla luce della nuova pronuncia è stata presentata una nuova istanza il 22.11.2017;

Letta e richiamata la sentenza n. 278/2013 della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7 della legge 184/1983 così come novellato dall'art. 24, comma 7 della legge 149/2001, "nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito

dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.p.r. 3 novembre 2000, numero 396 (regolamento per la revisione la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) - su richiesta del figlio, ai fini di un eventuale revoca di tale dichiarazione".

Sentita la richiedente ed esaminati gli atti;

Rilevato che l'autorizzazione da parte del Tribunale per i minorenni al rilascio di informazioni, atti e documenti riguardanti l'origine della persona e l'identità dei genitori biologici della stessa è richiesta solo nel caso di persona che sia stata adottata (art. 28 L. 184 del 1983) e considerato che, nel caso di specie, l'istante risulta figlio di "donna che non consente di essere nominata" come si evince dall'atto integrale di nascita;

Rilevato che l'istanza è stata depositata da parte di persona adottata;

Rilevato che:

si è proceduto ad acquisire la documentazione necessaria volta ad identificare la madre biologica ed in particolare (i riferimenti saranno necessariamente generici al fine di non consentire una compiuta identificazione per le ragioni di seguito esposte) è stata acquisita la cartella clinica dalla quale emergevano le generalità della madre e che si trattava di degente "secondipara".

dai documenti anagrafici è così emerso che la donna:

1. aveva avuto una prima figlia una decina di anni prima della ricorrente nell'ambito, probabilmente, di un primo matrimonio essendo stata riconosciuta dal padre di cui portava il relativo cognome;
2. ha avuto un secondo figlio alcuni anni dopo la nascita della ricorrente, il cui relativo padre e marito della donna è in seguito deceduto;
3. la madre biologica della ricorrente è deceduta circa 5 anni fa.

Rilevato che non si può pertanto procedere ad interpellare della madre.

Rilevato che all'udienza del 2 aprile 2019 è stata sentita la ricorrente, la quale ha chiesto che al colloquio potesse partecipare la propria figlia. La ricorrente, che ha avuto un'esistenza serena, ha appreso solamente in tarda età, ed in particolare in occasione del funerale della propria madre ed in maniera del tutto fortuita, la propria origine adottiva e ha preferito non chiedere al padre le ragioni di tale omessa comunicazione preferendo rivolgersi ad altri parenti. Quanto alle motivazioni della domanda ex art 28 l. adozione ha preferito attendere la morte del proprio padre (avvenuta nel 1998). Non sa neppure lei se è pronta a ricevere comunicazioni e in caso di revoca dell'anonimato non avrebbe delle cose specifiche da comunicare alla madre ritenendo che sarebbe lei a dover dare delle spiegazioni sull'abbandono (che ipotizza come dovuto a giovane età o induzione da parte di altri). Se poi il Tribunale avesse accertato che la madre fosse potenzialmente pregiudizievole preferirebbe essere contattata per poter rinunciare alla domanda.

Lette le conclusioni formulate dal PM in data 16.4.2019 ("dà parere favorevole al fornire informazioni della ricorrente in ordine alla propria madre biologica - ormai deceduta - omesso ogni dato che possa far risalire all'identità dei fratelli biologici").

#### **Il Tribunale osserva.**

Si ritiene di non poter autorizzare l'accesso alle informazioni sull'identità della madre.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale sul tema dell'accesso alle origini in presenza di madre che ha fatto la scelta

dell'anonimato prende le mosse dalla Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 25 settembre 2012 - Ricorso n.33783/09 - Godelli c. Italia. In tale pronuncia non viene minimamente preso in considerazione non solo l'ipotesi della presenza di fratelli, ma neppure l'ipotesi del decesso della madre.

Stringendo l'esame alle valutazioni della Corte al fine di individuare i principi che hanno portato a considerare una violazione dell'art 8 della Carta CEDU si possono richiamare i paragrafi 66-71:

66. La Corte deve cercare di stabilire se, nella presente causa, sia stato mantenuto un giusto equilibrio nella ponderazione dei diritti e degli interessi concorrenti ossia, da una parte, quello della ricorrente a conoscere le proprie origini e, dall'altro, quello della madre a mantenere l'anonimato.

67. La Corte ha affermato che gli Stati possono scegliere i mezzi che ritengono più idonei ad assicurare in modo equo la conciliazione tra la protezione della madre e la richiesta legittima dell'interessata di avere accesso alle sue origini nel rispetto dell'interesse generale.

68. Nella fattispecie, la Corte osserva che, contrariamente alla situazione nella causa Odièvre (sopra citata, § 48), la ricorrente non ha avuto accesso a nessuna informazione sulla madre e la famiglia biologica che le permettesse di stabilire alcune radici della sua storia nel rispetto della tutela degli interessi dei terzi. Senza un bilanciamento dei diritti e degli interessi presenti e senza alcuna possibilità di ricorso, la ricorrente si è vista opporre un rifiuto assoluto e definitivo di accedere alle proprie origini personali.

69. Se è vero che la ricorrente, oggi sessantenne, è riuscita a costruire la propria personalità anche in assenza di informazioni relative all'identità della madre biologica, si deve ammettere che l'interesse che può avere un individuo a conoscere la sua ascendenza non viene meno con l'età, anzi avviene il contrario. La ricorrente ha del resto dimostrato un interesse autentico a conoscere l'identità della madre, poiché ha tentato di acquisire una certezza al riguardo. Un tale comportamento presuppone delle sofferenze morali e psichiche, anche se queste non vengono accertate da un punto di vista sanitario (Jäggi c. Svizzera, n. 58757/00, § 40, CEDU 2006 X).

70. La Corte osserva che, a differenza del sistema francese esaminato nella sentenza Odièvre, la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa. In assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto della ricorrente a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, viene inevitabilmente data una preferenza incondizionata a questi ultimi. Peraltro, nella sentenza Odièvre la Corte osserva che la nuova legge del 22 gennaio 2002 aumenta la possibilità di revocare il segreto dell'identità e agevola la ricerca delle origini biologiche grazie alla creazione di un Consiglio nazionale per l'accesso alle origini personali. Di immediata applicazione, essa permette ormai alle persone interessate di chiedere la reversibilità del segreto dell'identità della madre, a condizione che quest'ultima vi acconsenta (§ 49), nonché di avere accesso a informazioni non identificative. In Italia, il progetto di legge di riforma della legge n. 184/1983 è a tutt'oggi all'esame del Parlamento dal 2008 (§ 27 supra).

71. Nel caso di specie la Corte osserva che, se la madre biologica ha deciso di mantenere l'anonimato, la normativa italiana non dà alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto. In queste condizioni, la Corte ritiene che l'Italia non abbia cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa e abbia dunque oltrepassato il margine di discrezionalità che le è stato accordato.

Anche la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 278/2013, nel solco della Sentenza Godelli, non esamina in alcun passaggio l'ipotesi della madre deceduta. Nel dichiarare illegittima la disciplina dell'articolo 28 della l. 184/83 la Corte si sofferma unicamente sul rapporto madre-figlio/a senza prendere in alcuna considerazione soggetti terzi. In particolare la Corte evidenzia:

“Peraltro, in questa prospettiva, anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale - costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto in varie pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale. Elementi, tutti, affidati alla disciplina che il legislatore è chiamato a stabilire, nelle forme e con le modalità reputate più opportune, dirette anche a evitare che il suo esercizio si ponga in collisione rispetto a norme - quali quelle che disciplinano il diritto all'anonimato della madre - che coinvolgono, come si è detto, esigenze volte a tutelare il bene supremo della vita.

5.(...)

Con la disposizione all'esame, l'ordinamento pare, infatti, prefigurare una sorta di “cristallizzazione” o di “immobilizzazione” nelle relative modalità di esercizio: una volta intervenuta la scelta per l'anonimato, infatti, la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad “espropriare” la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, ab origine, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato.

Tutto ciò è icasticamente scolpito dall'art. 93, comma 2, del ricordato d.lgs. n. 196 del 2003, secondo cui «Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento».

Ebbene, a cercare un fondamento a tale sistema - che commisura temporalmente lo spazio del “vincolo” all'anonimato a una durata idealmente eccedente quella della vita umana -, se ne ricava che esso riposa sulla ritenuta esigenza di prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all'esercizio di un suo “diritto all'oblio” e, nello stesso tempo, sull'esigenza di salvaguardare erga omnes la riservatezza circa l'identità della madre, evidentemente considerata come esposta a rischio ogni volta in cui se ne possa cercare il contatto per verificare se intenda o meno mantenere il proprio anonimato.

Ma né l'una né l'altra esigenza può ritenersi dirimente: non la prima, in quanto al pericolo di turbativa della madre corrisponde un contrapposto pericolo per il figlio, depauperato del diritto di conoscere le proprie origini; non la seconda, dal momento che la maggiore o minore ampiezza della tutela della riservatezza resta, in conclusione, affidata alle diverse modalità previste dalle relative discipline, oltre che all'esperienza della loro applicazione. Sul piano più generale, una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla “genitorialità giuridica” può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla “genitorialità naturale”: ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto

nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.

In altri termini, mentre la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una “genitorialità giuridica”, con effetti inevitabilmente stabilizzati pro futuro, non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla “genitorialità naturale”: potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta.

6.- La disciplina all'esame è, dunque, censurabile per la sua eccessiva rigidità.

Ciò, d'altra parte, risulta sulla base degli stessi rilievi, in sostanza, formulati dalla Corte EDU nella richiamata “sentenza Godelli”.

In essa - come accennato e nei termini di seguito precisati - si è stigmatizzato che la normativa italiana non darebbe alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto», a differenza di quanto, invece, previsto nel sistema francese, scrutinato, in parte qua, nella sentenza 13 febbraio 2003, nel “caso Odièvre”.

Ora, è agevole osservare, quanto al primo rilievo, che il già citato art. 93 del d.lgs. n. 196 del 2003 prevede espressamente, al comma 3, la comunicabilità, in ogni tempo (e nel termine di cento anni fissato per il segreto), delle informazioni “non identificative” ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica, tuttavia ancorandola soltanto all'osservanza, ai fini della tutela della riservatezza della madre, delle relative «opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile».

Resta evidente che l'apparente, quanto significativa, genericità, o elasticità, della formula «opportune cautele» sconta l'ovvia - e sia pure non insormontabile - difficoltà di determinare con esattezza astratte regole dirette a soddisfare esigenze di segretezza variabili in ragione delle singole situazioni concrete. Altrettanto evidente che debba, inoltre, essere assicurata la tutela del diritto alla salute del figlio, anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico. Il vulnus è, dunque, rappresentato dalla irreversibilità del segreto. La quale, risultando, per le ragioni anzidette, in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., deve conseguentemente essere rimossa.

Restano assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento agli ulteriori parametri.

Sarà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto”.

Il tema del decesso della madre è stato invece affrontato dalla Corte di Cassazione in tre pronunce. Nella prime due (Cass sezione I civile, sentenza n. 15024 dep. 21.7.2016, est Bisogni e sentenza sezione I civile 9 novembre 2016, n. 22838 est Acierno), in seguito richiamate sul tema generale dalla Sentenza delle Sezioni Unite n. 1946/17 del 20.12.2016 (dep. 25.1.2017), non si esamina in alcun caso l'ipotesi della presenza di eredi o di fratelli biologici, mentre nella terza (Cass Sez. 1 6963 del 29.5.2017, dep. 20.3.2018, est. Acierno) tale ipotesi è trattata, ma riguarda in realtà una vicenda di adozione di minore nato da genitore noto, e non da madre che

aveva scelto l'anonimato, e nel quale la richiesta riguardava direttamente la conoscenza dei fratelli la cui esistenza era reciprocamente nota.

In particolare la sentenza n. 22838/2016 evidenzia come in caso di decesso non si possa procedere all'interpello con le modalità adottate dai Tribunali per i minorenni: "Tale proceduralizzazione è inutilizzabile, tuttavia, nella fattispecie dedotta nel presente giudizio, dal momento che è impossibile procedere all'interpello della madre "naturale", perché non più in vita. In tale ipotesi, non appare, prima facie, possibile procedere ad alcun bilanciamento d'interessi. L'alternativa sembra porsi in modo radicale. Se si riconosce all'adottato anche in questa peculiare ipotesi il diritto di conoscere le proprie origini, si cancella lo speculare diritto all'anonimato della madre biologica, ancorché' il legislatore abbia voluto preservarlo fino a cento anni dalla nascita del figlio ex articolo 93 sopra citato. Se invece si conserva il diritto all'anonimato, in mancanza della possibilità dell'interpello della madre, si vanifica del tutto il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, nonostante il riconoscimento di esso imposto dalle pronunce sopra illustrate".

La corte così pertanto prosegue ritenendo di risolvere a priori tale bilanciamento: «5.3 Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini deve essere garantito anche nel caso in cui non sia più possibile procedere all'interpello della madre naturale. A tale inevitabile conclusione, imposta dal delineato quadro costituzionale e convenzionale, è già pervenuta questa Corte con la recentissima sentenza n. 15024 del 2016. L'irreversibilità del segreto sull'identità della madre naturale non è più compatibile con l'attuale configurazione del diritto all'identità personale così come desumibile dall'interpretazione integrata dell'articolo 2 Cost. e dell'articolo 8 Cedu, nella parte in cui tutela il diritto alla vita privata. Lo sbarramento temporale imposto dal Decreto Legislativo n. 196 del 2003, articolo 93, alla rivelabilità dell'identità della donna che ha scelto l'anonimato al momento della nascita del figlio, non è temperato, nella specie, dalla possibilità di verifica della eventuale sopravvenuta volontà di revoca della scelta compiuta alla nascita.

L'interpretazione della norma che identifichi nell'intervenuta morte della donna, un ostacolo assoluto al riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini da parte dell'adottato, determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra i figli nati da donne che hanno scelto l'anonimato ma non sono più in vita e i figli di donne che possono essere interpellate sulla reversibilità della scelta operata alla nascita. Tale opzione ermeneutica sarebbe, inoltre, viziata di irragionevolezza perché sottoporrebbe il riconoscimento e l'esercizio di un diritto della persona di primario rilievo ad un fattore meramente eventuale quale quello del momento in cui si chiede il riconoscimento del proprio diritto».

Aderendo questo tribunale a tale principio di diritto il tribunale per i Minorenni di Genova ha già consentito l'accesso all'identità della madre deceduta, ma si è trattato di ipotesi nelle quali non risultava la presenza di eredi.

Il tema dei fratelli è stato invece trattato nella sentenza della Corte di Cassazione n. 6963/17 ed è interessante e pertinente perché il tema del diritto alla riservatezza dei fratelli viene affrontato, seppur in ipotesi non sovrapponibile.

Come accennato, dalla lettura emerge chiaramente che il minore non era stato partorito da donna che intendeva rimanere anonima, in quanto il ricorrente è a conoscenza di essere andato in adozione in famiglia diversa da quella individuata per i propri fratelli.

Se ne ricava agevolmente, sebbene non espressamente affermato, che si è trattato di un procedimento ex art 8 e segg l. 184/83 all'esito del quale più fratelli sono stati dichiarati adottabili ed in seguito collocati in diverse famiglie.

L'istanza ex art 28 non riguardava infatti la conoscenza delle generalità della madre ma quella delle proprie sorelle, fattispecie non espressamente contemplata dalla disciplina dell'art 28 e per tale ragione la domanda era stata rigettata dalla Corte d'Appello di Torino.

Con sviluppo argomentativo che questo tribunale condivide, la Corte di Cassazione ha ritenuto che, nel solco delle pronunce CEDU e della Corte di legittimità, non direttamente ostensibili tali dati, ma ha ritenuto possibile garantire un bilanciamento tra gli interessi dei vari fratelli procedendo, in maniera analoga al parto in anonimo, ad un interpello degli stessi.

In particolare ritiene la Corte che il diritto a conoscere le proprie origini "costituisce un'espressione essenziale del diritto all'identità personale. Lo sviluppo equilibrato della personalità individuale e relazionale si realizza soprattutto attraverso la costruzione della propria identità esteriore, di cui il nome e la discendenza giuridicamente rilevante e riconoscibile costituiscono elementi essenziali, e di quella interiore" e può richiedere "la conoscenza e l'accettazione della discendenza biologica e della rete parentale più prossima". Aggiunge la Corte che tale diritto si compone di una "pluralità di elementi anche dialettici (...) quali il diritto a conoscere la verità sulla propria storia personale e quello a conservare la costruzione preesistente dell'identità propria e dei terzi eventualmente coinvolti".

Tale diritto peraltro non è assoluto, ma deve essere temperato attraverso "l'interpello della madre biologica al fine di verificarne il consenso all'eventuale revoca della scelta dell'anonimato fatta al momento della nascita. Il diritto di quest'ultima a conservare l'identità costruita anche mediante il segreto sull'abbandono del figlio al momento del parto è stato ritenuto rilevante nel bilanciamento d'interessi compiuto dalla Corte ma è stata eliminata l'intangibilità della scelta, sul rilievo dell'intrinseca mutabilità delle tappe dello sviluppo e consolidamento della personalità umana".

A tal fine si è ritenuto di estendere il principio dell'interpello, ma si riconosce la non sovrapponibilità delle due situazioni evidenziando che "Nei confronti dei genitori biologici, il legislatore ha svolto una valutazione generale ex ante sulla netta preminenza del diritto dell'adottato rispetto a quello dei genitori biologici tale da escludere alcun bilanciamento d'interessi da eseguirsi ex post. La scelta del legislatore in ordine ai genitori biologici consegue alla peculiare natura del loro ruolo nel complesso processo che conduce allo status filiationis dell'adottato. La medesima soluzione non è, tuttavia, automaticamente applicabile anche al diritto di conoscere l'identità delle proprie sorelle e fratelli, in considerazione della radicale diversità della loro posizione rispetto a quella dei genitori biologici con riferimento sia alle ragioni della decisione riguardante lo status di figlio adottivo del richiedente sia all'incidenza di questa decisione sullo sviluppo della sua personalità. Può legittimamente determinarsi una contrapposizione tra il diritto del richiedente di conoscere le proprie origini, e quello delle sorelle e dei fratelli a non voler rivelare la propria parentela biologica ed a non voler mutare la costruzione della propria identità attraverso la conoscenza d'informazioni ritenute negativamente incidenti sul raggiunto equilibrio di vita. Soltanto nei confronti dei genitori biologici, di conseguenza, il diritto del soggetto adottato adulto che voglia accedere alle informazioni sulle proprie origini si può configurare alla stregua di un diritto potestativo. Nei confronti delle sorelle e dei fratelli deve, invece, ritenersi necessario procedere, in concreto, al bilanciamento degli interessi tra chi chiede di conoscere le proprie origini e chi, per appartenenza al medesimo nucleo biologico familiare, può soddisfare tale esigenza, ancorché riconosciuta come diritto fondamentale. Per realizzare in questa peculiare ipotesi il

corretto bilanciamento tra le due posizioni almeno astrattamente in conflitto si deve ricorrere alla medesima modalità procedimentale che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2013, e le S.U. di questa Corte, con la sentenza n. 1946 del 2017, hanno individuato come lo strumento idoneo a non impedire l'esercizio del diritto a conoscere le proprie origini anche nei confronti di soggetti diversi dai genitori biologici i quali, a differenza di questi ultimi, possono non assentire alla richiesta ma devono essere interpellati al riguardo. Le informazioni che si vogliono conoscere, in quanto legate ad una comune origine biologica, hanno natura ontologicamente riservata, trattandosi di dati personali sensibili e sono, di conseguenza, protette in via generale dalle ingerenze di terzi. D'altra parte, il diritto a conoscere la propria origine da parte dell'adottato adulto (infra o ultraventicinquenne, nel primo caso il diritto è condizionato in funzione dell'esclusivo interesse del richiedente, nel secondo manca di limitazioni) gode di un riconoscimento costituzionale, convenzionale e di diritto positivo (art. 28) non comprimibile (con esclusione dei genitori biologici) se non mediante il dissenso espresso del possessore delle informazioni richieste. Pur non sussistendo per le sorelle ed i fratelli un divieto espresso a far conoscere la propria identità, come quello che vige (con il forte temperamento individuato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sopra illustrata) per la madre biologica che ha scelto l'anonimato al momento del parto, deve riconoscersi anche ai predetti componenti del nucleo familiare originario il diritto di essere interpellati in ordine all'accesso alle informazioni sulla propria identità, trovandosi a confronto posizioni giuridiche soggettive di pari rango e di contenuto omogeneo sulle quali non vi è stata alcuna pre-determinazione legislativa della graduazione gerarchica dei diritti e degli interessi da comporre, come invece previsto nei commi 5 e 6 dell'art. 28, con riferimento all'adottato maggiorenne che voglia conoscere l'identità dei propri genitori biologici".

Prima di calare tali principi nella vicenda in esame si deve evidenziare come nelle procedure sinora esaminate da questo e da altri Tribunali per i Minorenni, la decisione della madre di revocare o meno l'anonimato sia spesso influenzata e determinata dalla presenza o meno di eredi ed in particolare dalla conoscenza da parte degli stessi della vicenda adottiva. Così si è assistito a madri che non hanno revocato l'anonimato non avendo mai rappresentato ai propri figli la dolorosa vicenda che l'aveva portata a non riconoscere un figlio (frequente che neppure accettino di presentarsi in Tribunale), così come è frequente che, ricevuta la prima comunicazione, le madri chiedano un rinvio prima di revocare l'anonimato, proprio per spiegare ai figli, che nulla sapevano, quanto era successo e condividere la revoca dell'anonimato.

Ritiene il collegio che non possa accogliersi la soluzione offerta dal PM (rivelare le generalità della madre senza fornire le generalità dei fratelli), perché per la ricorrente sarebbe assai semplice effettuare tale verifica e poi entrare in contatto con i fratelli, senza che gli stessi siano stati preparati e informati, né che si possa procedere all'interpello dei fratelli così come ritenuto dalla Corte di Cassazione.

Si potrebbe infatti procedere all'interpello in presenza di elementi certi dai quali desumere che gli stessi siano a conoscenza della vicenda adottiva, ma tale dato non è desumibile in alcun modo nella vicenda in esame, perché l'unico soggetto depositario di tale possibile "segreto" è la madre ormai deceduta. Né si può ovviamente procedere all'interpello degli stessi al solo fine di apprendere la conoscenza o meno di tale vicenda perché ciò comporterebbe inevitabilmente la comunicazione di tale dato particolarmente sensibile.

Si ritiene che non siano necessarie eccessive dissertazioni per comprendere le potenzialmente gravi ricadute psicologiche del rivelare ad una persona, che mai ha saputo dalla propria

madre che in epoca antecedente o successiva la propria nascita (nel caso in esame sono presenti entrambe le ipotesi), che la stessa tenne celata una gravidanza decidendo di non riconoscere il figlio mandandolo in adozione. Il Tribunale non sa quale sia stata la narrazione familiare, quale rappresentazione la madre abbia voluto dare di sé ai propri figli con scelte che lo Stato non può sindacare rendendosi altrimenti responsabile di una grave ingerenza nella vita privata dei fratelli e/o della madre, con evidente violazione dell'art. 8 CEDU.

Anche la vicenda in esame insegna come l'apprendere la propria origine adottiva in maniera del tutto casuale e senza la possibilità di chiedere alla madre le ragioni della sua scelta, senza poter essere aiutati pertanto a ricostruire l'intera propria vicenda e la rappresentazione che la madre ha fornito di sé stessa e delle proprie vicende mentre era in vita, è notizia che apre conflitti emotivi e scenari traumatici che non possono essere superati con la mera convinzione che si è tratta da alcune ricerche delle origini concluse con l'auspicato lieto fine.

Si consideri ad esempio, come è avvenuto nel caso di specie, che la ricorrente è nata quando il/la primo/a figlio/a si trovava in preadolescenza e quindi sicuramente in grado di discernere. Ed è verosimile - o comunque possibile come è esperienza di questo e di altri giudici minorili - che la madre sia riuscita a tenere celata la gravidanza. È intuibile pertanto la quantità di domande che l'attuale adulto vorrebbe poter fare alla madre sul come e sul perché abbia deciso di non riconoscere tale figlio o la necessità di rileggere le vicende familiari (i 2 fratelli sono figli di 2 padri diversi e l'istante potrebbe essere figlia di un terzo padre) senza avere alcun soggetto al quale potersi rivolgere e non potendo di certo trovare spiegazioni dalla conoscenza del fratello andato in adozione a seguito del non riconoscimento.

Il collegio ritiene pertanto di non poter dare accesso alle proprie origini non rinvenendo il Collegio una soluzione che possa bilanciare i contrapposti interessi - e qui tralasciando che sia nell'istanza, che nel verbale di udienza, la ricorrente mai ha evidenziato un interesse alla presenza di eventuali fratelli - e ritenendo che in questo specifico caso sia necessario limitare il diritto alla conoscenza delle proprie origini non potendosi comunicare le generalità della madre senza coinvolgere soggetti terzi potenzialmente portatori di interessi contrapposti.

Peraltro, essendo stata acquisita, a seguito della istanza, copia degli atti relativi al richiedente attraverso l'acquisizione della Cartella Clinica e copia dell'atto integrale di nascita, ben può accedersi alla domanda di accesso a detti atti, con omissione di ogni dato utile alla identificazione della madre e degli altri parenti della stessa.

#### P.Q.M.

Visto l'art. 28 legge 184/1983 e successive modifiche; dichiara non potersi procedere in ordine all'istanza del ricorrente relativa all'accesso alle informazioni riguardanti l'identità dei genitori biologici; autorizza il rilascio di copia dell'acquisito atto integrale di nascita e la visione ed eventuale estrazione di copia della Cartella sanitaria relativi al richiedente con omissione di ogni atto utile alla identificazione della madre.

(...*Omissis*...)

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 4 luglio 2019, n. 70 - Pres. Atzeni - Rel. Baudinelli - S. (Avv. Silvestri) c. C. (Avvv.ti Mione e Ambrogetti).

**FAMIGLIA - divorzio - modifica del regime di affidamento di figlio minore - affidamento ai servizi sociali -**

**inadeguatezza genitoriale - tutela dell'integrità psico-fisica del minore - preminenza.****FAMIGLIA - divorzio - determinazione dell'assegno divorzile - funzione - reperimento di attività lavorativa - necessità.****FAMIGLIA - divorzio - assegno divorzile - misura provvisoria - ripetizione delle maggiori somme corrisposte - esclusione.**

(Legge 1 dicembre 1970, n. 898)

*La conflittualità esasperata tra coniugi, manifestantesi nella clamorosa incapacità degli stessi di concordare anche le scelte più elementari nell'interesse del minore il cui equilibrio e sviluppo psico-fisico rischierebbe così di essere pregiudicato e mortificato, giustifica l'affidamento ai Servizi Sociali anche in caso di sussistenza di un rapporto simbiotico e totalizzante del minore con uno dei genitori laddove tale intima relazione pregiudichi, per altro eccesso, il suo equilibrato sviluppo.*

*L'assegno divorzile non è dovuto in ogni caso in cui sussista una divario tra le condizioni economiche degli ex coniugi atteso che tale misura non ha solo una funzione perequativo-compensativa ma anche assistenziale con la conseguenza che per il riconoscimento dell'assegno deve ricorrere il presupposto non solo dell'indisponibilità di mezzi adeguati ma anche quello dell'impossibilità di procurarseli per ragioni obiettive; ne consegue che il coniuge che in difetto di ragioni obiettivamente ostative (condizioni di età o di salute) non si prodighi per libera scelta nella ricerca di una attività lavorativa non ha diritto al riconoscimento dell'assegno.*

*Il provvedimento con cui viene determinata in via provvisoria l'entità dell'assegno di mantenimento ha natura cautelare e tende ad assicurare il diritto al mantenimento del coniuge fino all'eventuale esclusione o al suo affievolimento in un diritto meramente alimentare che può derivare solo dal giudicato. L'eventuale decisione che esclude il diritto al mantenimento - ovvero ne riduce la misura - non comporta la ripetibilità delle (maggiori) somme a quel titolo corrisposte in quanto si presumono consumate per il sostentamento.*

E.CER.

(...Omissis...)

**Motivi in fatto e in diritto.**

Con ricorso depositato in data 4/4/2019, S proponeva appello avverso la sentenza n. 879/2018 emessa *inter partes* in data 21/12/2018 dal Tribunale di La Spezia in composizione collegiale nella causa di cessazione degli effetti civili del matrimonio tra i coniugi S e C; sentenza con la quale il Tribunale così decideva: “dato atto della sentenza n.505/2016, che ha dichiarato la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto tra le parti

1) dispone l'affidamento del minore MM ai Servizi Sociali del Comune di XY, con collocazione presso la madre, alla quale viene assegnata la casa coniugale; dispone in via provvisoria che siano i Servizi Sociali, in mancanza di accordo tra il minore stesso e il padre ad organizzare gli incontri tra questi, inizialmente almeno una volta alla settimana e quindi intensificando gli stessi come specificato in parte motiva sino a pervenire a regime definitivo che prevede che il minore trascorra due fine settimana al mese con la figura paterna, con visite settimanali di due pomeriggi con cena, nella settimana in cui trascorrerà il week end con il padre e di tre pomeriggi con cena e un pernottamento nella settimana in cui il week end sarà di spettanza della madre, festività alternate e vacanze natalizie e pasquali per metà con ciascun genitore, un periodo di sette giorni durante l'inverno con ciascun genitore nel caso di settimana bianca o altro tipo di vacanza, quindici giorni di vacanza durante l'estate con

*ciascun genitore, da concordarsi tra gli stessi ovvero indicati dai Servizi Sociali*

2) dispone che C versi a mani di S l'importo mensile di € 500,00 a titolo di contributo al mantenimento di MM, e che provveda al pagamento integrale delle spese straordinarie come disposto in parte motiva;

*rigetta la domanda di assegno divorzile proposta da S;*

*Visto l'art. 709 ter c.p.c. ammonisce S al rispetto delle condizioni di divorzio e del ruolo genitoriale di C;*

*Conferma l'ordine di pagamento diretto del contributo al mantenimento del minore da parte del datore di lavoro di C;*

*dispone la compensazione integrale delle spese del presente giudizio e la ripartizione paritaria delle spese di CTU”.*

Con comparsa si costituiva C., chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale.

Con nota del 21/5/2019, il Procuratore Generale chiedeva il rigetto del gravame.

All'udienza del 19/06/2019, venivano sentiti i difensori delle parti i quali insistevano come nei rispettivi atti.

Ad avviso della Corte l'appello principale è parzialmente fondato e deve essere accolto nei limiti infra specificati, mentre deve essere rigettato l'appello incidentale.

**Appello principale.**

1) In merito all'affidamento del figlio minore MM ai Servizi Sociali del Comune di XY, l'appellante censura il Tribunale laddove il Tribunale ha rimarcato che “la Dottoressa ZZ, nel presente giudizio, pur in assenza di uno specifico quesito attinente alle migliori condizioni di affidamento del minore ha rilevato l'inadeguatezza genitoriale di entrambe le parti” (v. pag. 10 sentenza impugnata) e che quindi “deve ritenersi pregiudizievole per il minore un affidamento condiviso, poiché MM continuerebbe sempre più ad essere strumento nelle mani di entrambi i genitori per combattere le loro battaglie personali” (v. sentenza impugnata pag. 11), mentre la consulenza tecnica disposta dal Giudice indica invece, proprio come premessa delle conclusioni, che i genitori non hanno le proprie competenze genitoriali alterate da psicopatologie (“non emergendo nella personalità dei sig.ri S e C alterazioni psicopatologiche in grado di inficiarne le competenze genitoriali” v. pag. 63 CTU) e, riguardo alla signora S, tratteggia un quadro positivo del quale non si è tenuto adeguato conto; a fronte della consulenza e dell'accertamento di quanto sia buono il legame tra madre e figlio e, considerato che la signora S ha da sempre mantenuta una condotta genitoriale responsabile e amorevole, non è dato comprendere il disposto affidamento del minore ai Servizi Sociali; si osserva ancora che la signora S, dalla nascita del proprio figlio ad oggi, si è mostrata una madre accudente, capace di crescere ed educare MM; di converso, è il signor C a risultare una persona problematica e di incerta capacità genitoriale; il padre, oltre ad essere stato totalmente assente nel primo anno di vita del proprio figlio, continua ad essere una figura del tutto instabile e poco e/o per nulla presente, fatta eccezione per dei comportamenti di possibile rilievo penale di cui si dirà più avanti; attualmente il signor C non ha nessun tipo di rapporto col figlio MM, non ha intrapreso un percorso di psicoterapia individuale né un percorso di sostegno della genitorialità come indicato nella consulenza tecnica (v. pag. 61, penultimo capo-verso) né si è fatto parte diligente per organizzare degli incontri col minore tramite i Servizi, come stabilito nella sentenza impugnata; nella CTU viene, tra l'altro, riportato non il solo parere medico della Dottoressa ZZ ma anche l'esperienza della Dottoressa YY che aveva conosciuto il minore nel 2010, su segnalazione del reparto di Pediatria dell'ospedale dove MM era stato condotto a seguito di pesanti percosse ricevute dal

padre C (vedasi pag. 26 CTU e doc. 20 allegato alla II memoria ex art. 183 comma VI c.p.c.); la CTU ha evidenziato quindi un profilo genitoriale inadeguato del C, riportandone gli eccessi aggressivi sfociati anche in violenze sul minore (v. CTU pag. 26) e in comportamenti incomprensibili quale quello del rifiuto di accompagnarlo ad una festa di compagni di scuola (v. CTU pag. 30) che certo non facilitano la socializzazione di MM e un buon inserimento scolastico; ulteriori comportamenti disdicevoli del signor C sono stati evidenziati tanto dalla sentenza impugnata (pag. 10 ultime righe), quanto dalla consulenza tecnica e dal provvedimento del G.I. del 20/7/2017 che riportano un episodio emblematico della incapacità del padre di capire e soddisfare le esigenze del proprio figlio: il signor C, infatti, invece che organizzare le proprie vacanze di spettanza col figlio MM era partito improvvisamente con la propria compagna, senza alcun tipo di preavviso, generando in MM un forte senso di abbandono; ancora, è stato evidenziato che in più occasioni il minore abbia accusato forti malesseri nei periodi di accudimento del padre; il quadro di forte aggressività del signor C emerso dalla consulenza tecnica e la limitatissima capacità genitoriale dallo stesso presentata risulta, infine, pienamente confermata nella quotidianità nella quale devono purtroppo vivere madre e figlio; il signor C nel corso degli anni si è reso più volte noto alla Procura a causa di comportamenti violenti perpetrati nei confronti della signora S e del minore MM; sono tali violenze ad aver portato la signora S a separarsi dal marito; la separazione tuttavia, lungi dall'aver sedato l'animosità rabbiosa del C, non è stata sufficiente ad evitare che la signora S e il piccolo MM fossero vittime di violenze in più occasioni; sono versate in atti le denunce e le condanne a carico del signor C; inoltre il signor C continua a non curarsi delle spese straordinarie del figlio - opponendosi anche a cure necessarie del minore - effettua telefonate a questo nelle quali lo insulta e denigra la signora S, si apposta sotto la casa familiare assegnata all'ex coniuge, comparando a sorpresa e arrivando a suonare il citofono anche in orari notturni, nonostante la sentenza di divorzio imponga un riavvicinamento graduale col minore, da attuarsi mediante i servizi sociali in assenza di consenso di MM; la personalità del signor C è stata dunque correttamente descritta come aggressiva in CTU e risulta, nei fatti descritti, essere insostenibile al nucleo familiare madre-figlio; i rapporti tra la ricorrente e il signor C sono, come rilevato in consulenza, molto faticosi e il più delle volte assolutamente inconciliabili; per tali ragioni si richiede che il minore MM venga affidato esclusivamente alla madre, la quale ha dimostrato nel corso degli anni di essere genitore con adeguata responsabilità genitoriale, essendo stata dalla nascita di MM il suo principale riferimento affettivo ed educativo in relazione al quale il minore ha sviluppato un attaccamento stabile e sicuro.

Nella sentenza appellata si legge: i) che il procedimento di separazione giudiziale tra i coniugi è iniziato con ricorso depositato nel gennaio 2004: all'epoca la S era incinta di MM (figlio fortemente voluto, tanto da aver fatto ricorso alla fecondazione assistita, e nato nel successivo luglio 2004, a dieci anni dalla celebrazione del matrimonio tra le parti); ii) che, all'esito della consulenza espletata dalla CTU d.ssa LL questo Tribunale ha pronunciato sentenza in data 6.11.2013, con la quale sono state determinate le condizioni della separazione che prevedevano, per quanto qui interessa, l'affidamento condiviso del minore con collocazione prevalente presso il padre, l'assegnazione della casa coniugale a questi, mantenimento diretto da parte di ciascuno dei genitori, ed infine l'obbligo per il C di corrispondere integralmente le spese straordinarie da sostenersi nell'interesse del minore nonché assegno di mantenimento alla S, quantificato nell'importo mensile di €

500,00; iii) che, avendo la S interposto appello avverso la sentenza, la Corte d'appello di Genova, dopo aver disposto la rinnovazione della consulenza tecnica d'ufficio avente ad oggetto le migliori modalità di affidamento, collocazione e frequentazione del minore, con sentenza n. 107/2015 pubblicata in data 29.10.2015, ha confermato integralmente le condizioni della sentenza impugnata, specificando tuttavia che la collocazione prevalente di MM presso il padre avrebbe dovuto avvenire in modo graduale e previa adeguata preparazione del minore, confermando in via provvisoria la collocazione del minore presso la madre e il mantenimento da parte del C già disposto con la sentenza di primo grado a favore di moglie e figlio; iv) che era infatti avvenuto che nella fase finale delle operazioni peritali, il C era stato trasferito per lavoro a Roma (città d'origine di entrambe le parti) con la conseguenza che la CTU, dott.ssa TT, aveva ritenuto opportuno prevedere che il cambio di collocazione del minore dovesse avvenire per l'appunto gradualmente e previo adeguato supporto psicologico dello stesso, poiché nella nuova situazione venutasi a creare MM non solo avrebbe subito un sofferto distacco dalla madre, dalla quale è risultato dipendere psicologicamente in modo quasi patologico, ma avrebbe perso altresì i propri punti di riferimento relazionali esterni; v) che a tale decisione si è pervenuto ritenendosi comunque predominante l'esigenza di evitare il concretizzarsi per il minore di rischi psicopatologici derivanti dalla mancata possibilità per il minore di frequentare il padre in maniera significativa, tenuto anche conto della delicata fase evolutiva in cui si trovava MM, rispetto all'esigenza di questi di mantenere il contesto abitativo in cui aveva sempre vissuto dalla nascita e di mantenere un rapporto ravvicinato con la madre; vi) che la Corte d'Appello di Genova ha quindi disposto che il minore, adeguatamente preparato e supportato psicologicamente, potesse trasferirsi a Roma all'inizio dell'anno scolastico 2016-2017, prevedendo nel frattempo i più ampi periodi di frequentazione di questo con il padre; vii) che avverso la sentenza della Corte d'Appello la S ha proposto ricorso in Cassazione; viii) che, dato atto dell'intervenuto rigetto da parte della Suprema Corte (con sentenza in data 16.11.2016) del ricorso proposto dalla S avverso la sentenza della Corte d'Appello nonché dell'ulteriore e progressivo deterioramento dei rapporti tra MM e il padre, espletata nuova CTU affidata alla d.ssa ZZ e preso infine atto del nuovo trasferimento del C da Roma a XY, la causa è giunta in decisione, in una situazione dell'ex nucleo familiare che è completamente mutata rispetto all'epoca delle pronunce sopra riferite; ix) che elemento scatenante l'evoluzione peggiorativa dei rapporti della triade familiare, già conclamata tra i coniugi ed ancora latente per quanto attiene al rapporto tra il minore e il padre (cfr. relazioni peritali in atti), è stato certamente il trasferimento del C a Roma per motivi di lavoro; x) che se infatti quest'ultimo avesse continuato a risiedere in loco, il minore, all'esito del giudizio di appello sarebbe stato collocato presso il padre, avrebbe continuato ad avere un rapporto continuativo anche con la madre, ed avrebbe continuato a vivere nell'ambiente in cui ha sempre vissuto; xi) che in tal modo sarebbe state soddisfatte, con tutta probabilità, entrambe le obiettive esigenze del minore, e cioè da un lato quella di autonomizzarsi rispetto alla madre, disidentificandosi con quest'ultima e rallentando il rapporto quasi simbiotico e dipendente che aveva con lei e dall'altro quella di rafforzare il rapporto con il padre, necessario al fine di un suo equilibrato sviluppo psicologico (finalità sottolineate nella sentenza della Corte di Appello di Genova); xii) che quando è sopravvenuto il trasferimento del C a Roma, si è reso necessario disporre per il minore un adeguato percorso di elaborazione del proprio cambiamento di vita (sul punto la d.ssa

TT, CTU nominata dalla Corte di Appello, ha dato atto che l'eventualità di un immediato trasferimento a Roma era vissuto da MM come "qualcosa di sconvolgente ed angosciante" e la stessa CTU nominata nel presente giudizio, d.ssa ZZ, in sede di restituzione dell'ascolto del minore, ha rilevato che al momento il trasferimento sarebbe stato più pregiudizievole per il minore che non il permanere presso la madre); xiii) che invero, nessun percorso di elaborazione ovvero di ausilio psicologico è stato attuato e tale omissione, unitamente alla considerazione dell'iniziale deterioramento del rapporto tra il minore e il padre (poi disgregatosi del tutto nel corso delle operazioni peritali), hanno legittimato l'adozione da parte del G.I. del provvedimento in data 27.9.2016, integralmente recepito in questa sede; xiv) che ad oggi quindi, pur essendo venuta meno la citata causa scatenante costituita dal trasferimento a Roma, la situazione anomala già rilevata dal g.i. nel provvedimento sopra citato (risultando il minore, collocato ormai da anni presso il padre, di fatto - sulla base di un regime provvisorio disposto dalla Corte di Appello- ancora convivente con la madre dalla quale è certamente sempre più difficoltoso per lui l'allontanamento), è ulteriormente aggravata dalla ormai perdurante rottura di ogni rapporto tra MM e il padre, che preclude la conferma delle condizioni di separazione ed impone una modifica delle condizioni di affidamento del minore; xv) che la "estrema situazione di conflitto e di scontro che era, ed è ancora in atto nella coppia dei genitori", già sottolineata dalla prima CTU d.ssa LL non si è affatto sopita ed anzi è ulteriormente esplosa in plurimi, successivi e continui episodi di violenza verbale e fisica (cfr. doc. 19 parte convenuta), di atteggiamenti provocatori e ostili e di reciproche ritorsioni più o meno esplicitate tra i due genitori ma sempre più coinvolgenti il minore (tanto da non potersi ricondurre ad una mera conflittualità tra genitori di per sé non preclusiva dell'affidamento condiviso, alla luce della costante giurisprudenza in materia); xvi) che la d.ssa LL aveva allora già escluso la possibilità di un affidamento condiviso del minore, "poiché i genitori hanno dato prova di non riuscire a trovare né accordi, né intese significative e stabili circa l'accudimento del bambino e mantengono elevatissimo il livello di conflitto di coppia tanto da poter ledere la serenità e la crescita emotiva del minore che, al momento, appare al limite delle possibilità di sostenere la lotta tra i genitori"; xvii) che il Tribunale della Spezia tuttavia aveva disposto l'affidamento condiviso di MM, giustificato alla luce di un temporaneo miglioramento dei rapporti genitoriali e tra i coniugi; xviii) che peraltro la d.ssa ZZ, nel presente giudizio, pur in assenza di specifico quesito attinente alle migliori condizioni di affidamento del minore (essendo stata la CTU originariamente improntata ad accertare quale avrebbe potuto essere la migliore collocazione di quest'ultimo, fermo l'affidamento condiviso, già disposto in sede di separazione) ha rilevato l'inadeguatezza genitoriale di entrambe le parti; xix) che è sufficiente al riguardo riportare alcuni passi delle conclusioni rassegnate dalla CTU: "le posizioni della coppia genitoriale risultano, ad oggi, ancora inconciliabili, con arroccamento di entrambi su posizioni autoriferite, che paiono lasciare in ombra e rendere "invisibile" il minore nella sua soggettività, rendendolo piuttosto pretesto di recriminazioni reciproche. Nel corso di tutta la presente CTU i Sig.ri S e C hanno continuato ad offrire una lettura antitetica dei fatti loro occorsi e delle esperienze del loro rapporto, lasciando così emergere uno spaccato di profonda mancanza ed incapacità comunicativa, artefice della determinazione di vissuti soggettivi intensi, che ancora oggi risultano non mentalizzati e non obiettivati ai fini di una comprensione delle reciproche posizioni e di una risoluzione dei conflitti. Detta profonda antitesi pare purtroppo continuare a riverberare in maniera ridon-

dante anche nelle questioni relative al minore, che paiono assumere rilievo essenzialmente in funzione di marcatore di inadeguatezze dell'altro"; xx) che emblematico, tra tanti altri (che potrebbero riempire pagine e pagine), l'episodio della ripartizione delle vacanze estive, ampiamente riportato dalla CTU e negli atti delle parti, oltre che nel provvedimento del g.i. in data 20.7.2017: se due genitori non sono neppure capaci di concordare i rispettivi periodi di vacanza con il figlio come possono cogestirne le esigenze, le necessità e le scelte di vita?

Così ripercorsa la motivazione della sentenza appellata, appare evidente che in essa le risultanze della CTU sono recepite in modo del tutto corretto. È accertato e indiscutibile che la conflittualità esasperata tra i coniugi ha prodotto un grave pregiudizio per il minore: la compromissione del rapporto con il padre, si spera non definitiva e irreversibile. Tanto basta per giustificare la decisione assunta dal Tribunale di affidare il minore ai Servizi Sociali, stante la conclamata incapacità dei genitori di concordare anche le scelte più elementari, mettendo in disparte le ragioni di contrasto reciproco, nel superiore interesse del figlio. La decisione del Tribunale, alla luce della storia della coppia e di una approfondita analisi delle vicende che l'hanno contraddistinta, così come emergenti anche dai plurimi accertamenti espletati in sede processuale, è del tutto conforme alla Giurisprudenza in materia, secondo la quale: "La mera conflittualità riscontrata tra i genitori non coniugati, che vivono separati, non preclude il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso dei figli ove si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre può assumere connotati ostativi alla relativa applicazione, ove si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli, e, dunque, tali da pregiudicare il loro interesse" (Sez. 1 - , Sentenza n. 6535 del 06/03/2019 (Rv. 653630 - 01)

Se sicuramente il signor C ha pesanti responsabilità, peraltro severamente sottolineate nella sentenza impugnata, per questa situazione, con le sue intemperanze, le sue scelte azzardate e la mancanza di empatia nei confronti del figlio, è inutile che la signora S pretenda di vantarsi in questa sede del suo buon rapporto con il figlio, mostrando di non aver colto per nulla le critiche che sono state rivolte da tutte le Consulenti incaricate dall'Ufficio, sia in sede di separazione che di divorzio, all'aspetto simbiotico e totalizzante di tale rapporto, non certo portatore in questo di beneficio per il minore e per il suo equilibrato sviluppo.

2) Con il secondo, terzo e quarto motivo di appello, la sentenza viene impugnata nella statuizione di rigetto della richiesta di assegno divorzile.

a) Sotto un primo profilo, l'appellante si duole che il Tribunale non abbia tenuto conto delle condizioni economiche del C (dipendente del Ministero delle Infrastrutture con la qualifica di capitano di fregata, con una retribuzione mensile di € 4.800,00 e proprietario ovvero comproprietario di beni immobili, nonché beni mobili di valore quale autovettura VW acquistata al prezzo di € 33.625,00 oltre IVA) e non abbia conseguentemente disposto un bilanciamento volto a ovviare alla forte disparità economica tra gli ex coniugi, così incorrendo nella violazione dei principi stabiliti dalla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 18287/2018 in materia di assegno divorzile.

Da questo punto di vista, si deve ricordare che la sentenza delle Sezioni Unite non ha mai inteso affermare che l'assegno divorzile sia dovuto in ogni caso in cui sussista un divario tra le condizioni economiche degli ex coniugi, come erroneamente sembra ritenere l'appellante.

In effetti, nella citata sentenza viene chiaramente ribadito che

l'assegno divorzile non ha solo funzione perequativo-compensativa (in quanto tale diretto a colmare il riscontro di vario tra le condizioni economiche degli ex coniugi, ma solo se e in quanto se ne riscontri altresì la correlazione causale con la pregressa vicenda familiare) ma anche assistenziale, con la conseguenza che per il riconoscimento dell'assegno deve ricorrere il presupposto non solo dell'indisponibilità di mezzi adeguati, ma anche quello dell'impossibilità di procurarsi per ragioni obiettive.

Ebbene, è proprio tale presupposto che difetta nel caso di specie in quanto, a fronte di una convivenza matrimoniale che è cessata nel gennaio 2004, quando la signora S aveva solo 38 anni, la stessa non risulta essersi prodigata in alcun modo per reperire un'ideale attività lavorativa.

Appare quindi perfettamente in linea con la Giurisprudenza delle Sezioni Unite la decisione del Tribunale, laddove ha posto in evidenza che la signora S è "in condizioni di salute e di età che le consentono di reperire adeguata attività lavorativa, risultando viceversa che la stessa preferisca dedicarsi al volontariato e all'attività politica".

Invece di censurare tale accertamento in fatto, che è tutt'altro che un frettoloso inciso, l'appellante preferisce dilungarsi in una generica digressione sui principi, che la conduce peraltro all'erronea conclusione secondo la quale "il primo e doveroso raffronto resta quello della sperequazione economica tra i coniugi, dalla quale ben può discendere l'immediato accoglimento della domanda dell'assegno di mantenimento", trascurando del tutto la funzione assistenziale dell'assegno, in virtù della quale le Sezioni Unite escludono la possibilità di costituzione di rendite posizione.

Dovendo essere negato, per le ragioni indicate, l'assegno divorzile, sono superflui gli ulteriori accertamenti richiesti dall'appellante sulla condizione economica del signor C, che potrebbero assumere rilievo solo per la quantificazione dell'assegno.

b) Sotto un secondo profilo, l'appellante sostiene che la disparità economica tra i coniugi fosse correlata causalmente alla vicenda matrimoniale, in quanto la signora S, con il titolo di ragioniere e precedenti lavorativi come contabile, dopo il trasferimento a XY ebbe ad accettare lavori meno qualificati; la stessa si era trasferita a XY per seguire il marito e consentire a quest'ultimo di proseguire la sua carriera militare; anche grazie alle rinunce della coniuge, il signor C ha potuto dedicarsi al proprio lavoro, avanzando nella carriera; sul piano probatorio, dalle CTU in atti risulterebbe che era stato il signor C a preferire che la moglie restasse a fare la casalinga, anziché cercarsi un lavoro.

Da questo punto di vista, si ribadisce, ancora, che la funzione perequativo-compensativa deve necessariamente coesistere con quella assistenziale, perché ne deriverebbe altrimenti la riapertura alla costituzione di quelle rendite di posizione che si sono ritenute ormai inconciliabili con il definitivo scioglimento del vincolo coniugale.

Nel caso specifico, poi, se è vero che la signora S si è trasferita a XY per seguire il marito, ciò ha fatto quando era ancora molto giovane e aveva tutte le possibilità di ricollocarsi lavorativamente. Del resto, non si può neanche dire che il mancato svolgimento di attività lavorativa in costanza della convivenza matrimoniale sia dipesa dalle esigenze di cura del figlio, il quale è nato solo quando la separazione era già intervenuta (il ricorso per separazione è del gennaio 2004, MM è nato il 16/7/2004). Infine, la prova circa la contrarietà del signor C allo svolgimento di attività lavorativa da parte dell'ex coniuge si dovrebbe trarre dalla versione fornita al riguardo dalla stessa S alla CTU, e da quest'ultima riportato nella sua relazione, il che chiaramente non è consentito, perché in tal modo a fondamento della decisione di accogliere una certa

domanda sarebbero poste dichiarazioni della parte che l'ha formulata.

Se anche si volesse, in via del tutto ipotetica, aderire alla prospettazione - non provata - dell'interferenza del signor C volta a impedire l'inserimento lavorativo della S, a escludere, in ogni caso, il diritto all'assegno varrebbe la decisiva considerazione, svolta dal Tribunale, secondo la quale "la S dall'epoca della separazione (per ben quindici anni) non ha mai lavorato né dimostrato di aver cercato invano alcuna attività lavorativa confacente alle sue attitudini". Il che impedisce in via definitiva di ravvisare, in capo alla richiedente, l'indisponibilità di mezzi adeguati/impossibilità di procurarsi per ragioni obiettive che costituisce indispensabile fatto costitutivo dell'assegno divorzile (1).

c) Sotto un terzo profilo, l'appellante si duole che il Tribunale abbia rigettato la richiesta di assegno ritenendo che la signora S "abbia formato una nuova famiglia di fatto con terza persona, Gianluca CC", laddove: i) compito dei periti era quello di descrivere gli ambienti di vita di entrambi i genitori al fine di valutare se questi si confaccessero alle esigenze relazionali ed affettive del figlio MM e la CTU a firma della dottoressa LL relativamente al signor CC, riporta a pagina 8 semplicemente questa asserzione "come riferito dal sig. C, si reca sovente a casa dove anche pernotta": si tratta evidentemente di un'asserzione non corroborata da alcuna prova ed estrapolata dal contesto della perizia in modo assolutamente irrituale; ii) il dare atto di una relazione "stabile" tra due soggetti assume rilevanza ben diversa se tale concetto viene riferito alla sfera sentimentale/emotiva o a quella giuridica con le sue implicazioni economiche; iii) il fatto di dichiarare che il CC sia diventato nel corso degli anni un punto di riferimento affettivo non solo della S ma anche del piccolo MM (pag. 18 CTU Dottoressa LL e CTU dottoressa ZZ pag. 34) non equivale a dir provato, ipso facto, che la signora S ed il signor CC abbiano voluto costituire una sorta di "famiglia" giuridicamente intesa.

Indipendentemente dal compito affidato alle Consulenti, sono questi gli elementi sottolineati dal Tribunale per ritenere la formazione di una nuova famiglia di fatto: i) già la Dott. LL (nominata nel giudizio della separazione) descriveva il CC come figura significativa anche nella vita del minore già all'epoca del giudizio di separazione, rilevando che il nuovo compagno conosce il bambino e sovente pernotta nella casa familiare, trascorre le vacanze con la S, che lo definisce "un buon amico che ama molto lei e MM e si prodiga in ogni modo per garantire loro ogni benessere, al contrario dell'ex marito" (cfr. relazione peritale d.ssa LL pag. 8), dichiarando altresì che sarebbe diventato per MM un punto di riferimento (già nel 2013 - cfr. relazione peritale d.ssa LL pag. 19); ii) la d.ssa YY, assistente sociale che tanto si è occupata del minore nel corso degli anni (ricevendo in cambio solamente accuse e minacce gratuite da entrambe le parti), ascoltata dalla CTU di questo procedimento, ha confermato che la S ha una relazione da diverso tempo con il suo compagno, Sig. Gianluca CC, visto diverse volte assieme a MM (relazione peritale d.ssa ZZ pag. 34); iii) in sede di CTU infine il CC si è definito, nella sua audizione come compagno della S, affermando di conoscere il minore da quando aveva quattro anni e la CTU ne ha disposto l'audizione perché in precedenza MM ne aveva parlato come il fidanzato di mamma (tanto che il CC riferisce che MM a volte gli chiede di essere suo padre, ma che da parte sua sottolinea la diversità del suo ruolo).

Quindi non vi sono solo le CTU, ma anche quanto rilevato dall'assistente sociale Dott.ssa HH (sia pur riportato nella relazione peritale della dott. ZZ). Ma è poi determinate che la presenza del CC e la saldezza del legame tra questi e la S (con il coinvolgimento del figlio minore) vengono confermate in due relazioni che solo state depositate a distanza di anni l'una

dall'altra.

Il che appare più che sufficiente per ritenere la formazione di una nuova famiglia di fatto, con il conseguente definitivo venir meno del diritto all'assegno divorzile (Sez. 1, Sentenza n. 6855 del 03/04/2015 (Rv. 634861 - 01) (2).

3) Con il quinto motivo l'appellante sostiene che il Tribunale avrebbe errato, incorrendo nella violazione del principio di proporzionalità stabilito dagli artt. 147 e 316bis c.c. (anche se il riferimento normativo più appropriato è costituito dall'art. 337ter c.c.).

In effetti, avuto riguardo alle comparazioni delle condizioni economiche del C e della S quali descritte in sentenza (3), in particolare alla disponibilità in capo al signor C di un consistente reddito (€ 4.800,00 mensili) e vari cespiti patrimoniali (immobiliari e mobiliari), appare equo determinare in € 1.000,00 mensili il contributo che egli deve versare mensilmente per il mantenimento del figlio, tenuto anche conto che allo stato, stante l'interruzione dei rapporti padre/figlio, è la madre a provvedere continuativamente alle sue esigenze.

#### Appello incidentale.

Non può essere accolto l'appello incidentale volto ad ottenere la restituzione delle somme versate medio tempore a titolo di assegno divorzile (a far data dalla pronuncia della sentenza non definitiva di divorzio), in quanto data la ridotta entità dell'assegno (€ 500,00 mensili) corrispondenti a una funzione meramente alimentare, si può presumere che le somme percepite siano state consumate dalla percipiente per il suo sostentamento. (4)

Tanto premesso, ritenute la parziale fondatezza, l'appello principale deve essere accolto, entro i limiti sopra specificati, mentre deve essere rigettato l'appello incidentale.

Ai sensi dell'art. 92 c.p.c., stante la reciproca soccombenza, devono essere compensate nella misura del 70% le spese del presente grado, ponendo a carico dell'appellato il residuo 30%, liquidato come da dispositivo, utilizzando la tabella VII allegata al DM 55/2014, relativa agli affari di volontaria giurisdizione dinanzi al Tribunale.

#### P.Q.M.

##### La Corte di Appello

Ogni diversa o contraria domanda, eccezione e deduzione disattesa e reietta, definitivamente pronunciando,

In parziale accoglimento dell'appello principale proposto da S, in parziale riforma della sentenza n. 879/2018 pronunciata *inter partes* in data 4-21/12/2018 dal Tribunale di La Spezia, in composizione collegiale, eleva a € 1.000,00 il contributo che il padre deve corrispondere per il mantenimento del figlio minore; rigetta l'appello incidentale; conferma nel resto la sentenza appellata.

(...*Omissis*...)

#### Note.

(1) Il riconoscimento dell'assegno di divorzio in favore dell'ex coniuge, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, ai sensi dell'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge istante, e dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, applicandosi i criteri equidistanti di cui alla prima parte della norma, i quali costituiscono il parametro cui occorre attenersi per decidere sia sulla attribuzione sia sulla quantificazione dell'assegno. Il giudizio dovrà essere espresso, in particolare, alla luce di una valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune, nonché di quello personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio ed all'età dell'avente diritto. Sez. U - , Sentenza n. 18287 del 11/07/2018 (Rv.

650267 - 01)

(2) L'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, rescindendo ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale, fa venire definitivamente meno ogni presupposto per la riconoscibilità dell'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge, sicché il relativo diritto non entra in stato di quiescenza, ma resta definitivamente escluso. Infatti, la formazione di una famiglia di fatto - costituzionalmente tutelata ai sensi dell'art. 2 Cost. come formazione sociale stabile e duratura in cui si svolge la personalità dell'individuo - è espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole, che si caratterizza per l'assunzione piena del rischio di una cessazione del rapporto e, quindi, esclude ogni residua solidarietà postmatrimoniale con l'altro coniuge, il quale non può che confidare nell'esonero definitivo da ogni obbligo.

(3) Devono ora essere affrontate le questioni economiche, rilevando che la S risulta tuttora priva di attività lavorativa e non proprietaria di alcun bene, mentre il C è dipendente del Ministero Infrastrutture con la qualifica di Capitano di Fregata (con una retribuzione mensile media di € 4.800,00 - cfr. cedolini e Cud 2018 in atti) ed è proprietario ovvero comproprietario di beni immobili (uno dei quali è la casa coniugale assegnata tuttavia alla S, ed un altro la casa in cui vive, oltre ad unità immobiliari a Roma e in Canterano suo paese d'origine). L'obiettivo disparità reddituale tra le parti, nonché la permanenza assai prevalente del minore presso la madre, unitamente alla considerazione delle esigenze di vita di un adolescente, giustificano l'imposizione di un contributo al mantenimento ordinario del minore, quantificabile nell'importo mensile di € 500,00, tenuto conto che il minore rimane a vivere nella casa familiare (i cui oneri condominiali gravano sul padre che ne è proprietario), unitamente alla madre, che quest'ultima pur non risultando svolgere alcuna attività lavorativa ben potrebbe attivarsi in tal senso, essendo ad oggi ridotte le necessità di cura quoti del minore in rapporto all'età ed avendo comunque dimostrato di avere tempo a disposizione per attività di volontariato e iniziative politiche.

(4) Sez. 1, Sentenza n. 9728 del 18/09/1991 (Rv. 473919 - 01) Nel procedimento di separazione personale dei coniugi, il provvedimento presidenziale di fissazione di un assegno di mantenimento, emesso in via provvisoria ai sensi dell'art. 708 cod. proc. civ., ha natura cautelare e tende ad assicurare il diritto al mantenimento del coniuge fino all'eventuale esclusione od al suo affievolimento in un diritto meramente alimentare, che può derivare solo dal giudicato. Pertanto, gli effetti della decisione che esclude il diritto del coniuge al mantenimento ovvero ne riduce la misura non possono comportare la ripetibilità delle (maggiori) somme a quel titolo sino a quel momento corrispostegli, le quali si presumono consumate per il suo sostentamento, a meno che non vengano dimostrati gli estremi dell'eventuale responsabilità, ex art. 96, secondo comma, cod. proc. civ., per avere il coniuge richiesto il suddetto provvedimento cautelare in eccedenza alle sue esigenze. Sez. 1, Sentenza n. 10291 del 28/05/2004 (Rv. 573248 - 01) Qualora non sussistano i presupposti per il riconoscimento del diritto alla percezione dell'assegno divorzile (per non avere nella fattispecie concreta quest'ultimo mai svolto funzioni di carattere alimentare), le somme corrisposte al coniuge più debole, in base ad una pronuncia poi rivelatasi "ab initio" errata, debbono essere restituite, trovando la loro erogazione esclusivo fondamento in un titolo originato dalla infondata domanda del coniuge "debole".

Tribunale di Savona, 10 maggio 2019 - Giudice Unico Tagliasacchi.

#### **RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da cosa in custodia - strade pubbliche - dovere generale di cautela - condotta colposa del danneggiato - esclusione della responsabilità.**

(Artt. 2051, 1227 c.c.)

*In tema di responsabilità civile per danni da cose in custodia, la condotta del danneggiato, che entri in interazione con la cosa, può determinare l'applicazione, anche ufficiosa, dell'art. 1227 c.c., comma 1, essendo necessaria una valutazione di tale condotta in conformità con il dovere generale di ragionevole cautela, riconducibile direttamente al principio di solidarietà espresso dall'art.*

*2 Cost., con la conseguenza che, 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.*

Con atto di citazione ritualmente notificato, R. (...omissis...) conveniva davanti a questo Tribunale il Comune di Savona per sentirlo condannare, previo accertamento della sussistenza della sua responsabilità ai sensi degli artt. 2051 e 2043 c.c., al risarcimento del danno che deduceva di aver subito in conseguenza di caduta avvenuta a Savona (...omissis...) il 25 maggio 2013.

Allegava l'attrice che alle ore 11,00 circa di quel giorno, mentre stava percorrendo a piedi (...omissis...), in compagnia del marito, cadeva rovinosamente a terra, a causa del manto stradale dissestato; allegava documentazione fotografica successiva di oltre un anno rispetto ai fatti, come riferito dalla stessa attrice.

Comune di Savona, costituitosi, chiedeva la reiezione della domanda, sostenendo che la caduta era da attribuire esclusivamente alla disattenta condotta dell'attrice.

All'udienza del 3 marzo 2018 il Giudice concedeva i termini per le memorie ex art. 183 comma 6 cpc e, sciogliendo la riserva assunta alla successiva udienza del 6 luglio 2018, ritenuta la causa matura per la decisione, pronunciava ordinanza con cui respingeva le istanze istruttorie e fissava udienza di precisazione delle conclusioni e discussione ex art. 281-sexies cpc.

La domanda è infondata.

La documentazione fotografica depositata in atti risulta successiva di oltre un anno (per la precisione almeno circa un anno e tre mesi) rispetto all'epoca in cui si sarebbe verificata la caduta, in quanto, per stessa ammissione di parte attrice, si tratta di fotografie che riproducono lo stato dei luoghi successivo all'ordinanza della Polizia Municipale di Savona del 4 agosto 2014, con cui si faceva presente la sussistenza di due diverse situazioni di "pericolo non percepibile con tempestività da un conducente che osservi le normali regole di prudenza", in (...omissis...) e in (...omissis...).

Preliminarmente va rilevato come parte attrice non abbia documentato lo stato dei luoghi nell'immediatezza del fatto, ma abbia atteso oltre un anno. Anche la prima richiesta di risarcimento risale ad epoca significativamente successiva al fatto, dato che la prima raccomandata è datata 24/4/2015, collocandosi, quindi, a distanza di due anni dal fatto, senza che fosse precedentemente intervenuta alcuna segnalazione all'Amministrazione comunale, né che fosse avanzata alcuna richiesta risarcitoria. È, quindi, solo quando compare la segnalazione orizzontale che viene interrotto il silenzio dell'odierna attrice nei confronti del Comune ed è solo allora che la stessa si attiva per procurarsi la documentazione fotografica dello stato dei luoghi.

L'assenza della documentazione fotografica risalente all'epoca dei fatti rende anzitutto estremamente difficoltoso l'accertamento dell'asserita responsabilità del Comune, in quanto non consente di verificare la sussistenza del nesso di causalità materiale tra la cosa e l'evento dannoso. Nell'ambito della responsabilità da cosa in custodia, infatti, la sussistenza del nesso di causalità materiale postula la verifica dello stato della cosa come essa si presentava al momento dell'evento, atteso che deve essere accertata proprio la riconducibilità fattuale dell'evento alla cosa stessa e non a fattori esterni. Al riguardo, è appena il caso di ricordare che rientra nell'ambito dell'onere

della prova dell'attore che agisca per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2051 c.c. (come del resto, a maggior ragione, per colui che agisca ex art. 2043 c.c.) dimostrare il nesso di causalità materiale. La domanda non risulta, dunque, adeguatamente provata, mancando la possibilità di provare il nesso di causalità che integra elemento costitutivo della domanda stessa.

Ne consegue l'infondatezza in fatto della domanda risarcitoria proposta dalla (...omissis...).

In ogni caso, la domanda è infondata anche per le ulteriori ragioni che di seguito si illustrano.

Secondo il risalente e tradizionale orientamento della Corte di Cassazione (cfr. ex multis: Cassazione civile Sez. Un., 07/08/2001, n.10893; Cassazione civile, sez. III, 04/12/1998, n. 12314; Cassazione civile, sez. III, 21/12/2001, n. 16179; Cassazione civile, sez. III, 13/02/2002, n. 2067) non era configurabile l'applicazione dell'art. 2051 c.c. ai danni conseguenti all'insufficiente manutenzione delle strade pubbliche in ragione della notevole estensione della rete stradale, estensione ritenuta in allora incompatibile con la possibilità per la P.A. di svolgere idonea attività di vigilanza e controllo, nonché in ragione dell'uso generale e diretto delle strade da parte dei terzi. Infatti, mentre il privato può escludere i terzi dall'uso del bene e, quindi, circoscrivere i possibili rischi di danni provenienti dai comportamenti altrui, tale possibilità risulta preclusa al custode dei beni demaniali destinati all'uso pubblico, che è così esposto a fattori di rischio potenzialmente indeterminati, a causa dei comportamenti degli innumerevoli utilizzatori, che il custode non può escludere dall'uso del bene e di cui solo entro certi limiti può sorvegliare le azioni. Ne conseguiva l'applicazione non già dell'art. 2051 c.c., bensì dell'art. 2043 c.c., purché vi fosse una situazione di pericolo occulto. In tale ottica, la responsabilità ex art. 2043 c.c. era configurabile a condizione che venisse provata dal danneggiato l'esistenza di una situazione insidiosa caratterizzata dal doppio e concorrente requisito della non visibilità oggettiva del pericolo e della non prevedibilità subiettiva del pericolo stesso. La consolidata interpretazione cui aderiva l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità ricevette altresì l'avallo della Corte Costituzionale, con la sentenza 10/05/1999, n.156, che affermò come l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale "degli artt. 2043, 2051 e 1227 comma 1, c.c., sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 97, cost., in quanto escludono la responsabilità dell'amministrazione, al di fuori delle ipotesi della insidia stradale e l'accertamento del concorso di colpa della parte danneggiata a causa dell'insidia. Secondo l'art. 2043, c.c. l'amministrazione pubblica è tenuta al risarcimento del danno da insidia stradale; al giudice ordinario spetta accertare la fondatezza o meno della domanda di risarcimento, tenendo conto del rapporto di fatto con la cosa da parte sia dell'amministrazione sia dell'utente della strada".

Solo successivamente la Corte di Cassazione ha mutato il proprio orientamento, affermando l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. anche ai danni derivanti dall'insufficiente manutenzione delle strade pubbliche (cfr. Cassazione civile sez. III, 03/04/2009, n.8157; Cassazione civile sez. III, 09/10/2008, n. 24881; Cassazione civile sez. III, 06/06/2008, n.15042; Cassazione civile sez. III, 26/11/2007, n. 24617).

In tempi più recenti, tuttavia, ferma restando l'applicabilità dell'art. 2051 c.c., è progressivamente maturato, in seno alla giurisprudenza di legittimità e di merito, un orientamento incline alla valorizzazione del fondamentale principio di autoresponsabilità, frutto di una rilettura della disposizione codicistica alla luce del dovere di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost., che impone un generale dovere di cautela, al fine di evitare che un atteggiamento di antidoverosa negligenza e im-

prudenza da parte del danneggiato finisca per gravare sul custode della cosa, che sarebbe così tenuto al risarcimento di danni che lo stesso danneggiato ben avrebbe potuto evitare attraverso l'adozione dell'ordinaria cautela (cfr., ex plurimis, la recentissima sentenza Cassazione civile sez. VI, 03/04/2019, n. 9315 nonché le tre ordinanze del 01/02/2018, nn. 2480, 2481, 2482 e 2483). In particolare, la sentenza Cassazione civile sez. VI, 03/04/2019, n.9315 ha precisato che "quanto alla presunta violazione dell'art. 2051 cit., il Collegio osserva che questa Corte, sottoponendo a revisione i principi sull'obbligo di obbligo di custodia, ha stabilito, con le recenti ordinanze 1 febbraio 2018, nn. 2480, 2481, 2482 e 2483, che 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 c.c., comma 1, richiedendo una valutazione che tenga conto del dovere generale di ragionevole cautela, riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.. Ne consegue che, 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. È stato anche chiarito nelle menzionate pronunce che l'espressione "fatto colposo" che compare nell'art. 1227 c.c., non va intesa come riferita all'elemento psicologico della colpa, che ha rilevanza esclusivamente ai fini di una affermazione di responsabilità, la quale presuppone l'imputabilità, ma deve intendersi come sinonimo di comportamento oggettivamente in contrasto con una regola di condotta, stabilita da norme positive c/o dettata dalla comune prudenza".

Anche la già citata ordinanza n. 2481/2018 della Corte di Cassazione aveva già affermato i medesimi principi, precisando che quando difetta l'intrinseca pericolosità della cosa e risultano percepibili le esatte condizioni di questa, qualora la situazione ingeneratasi sia comunque superabile mediante l'adozione di un comportamento "ordinariamente cauto" da parte del danneggiato, va escluso che il danno possa essere stato cagionato dalla cosa, che viene ridotta "al rango di mera occasione dell'evento, e ritenuto integrato il caso fortuito".

Del tutto analogamente Cassazione civile sez. VI, 30/10/2018, n.27724 ha recentemente stabilito che è esclusa la responsabilità dell'ente gestore della strada qualora l'ostacolo (nel caso di specie una buca) sia di ampie dimensioni, ubicato al centro della carreggiata e pienamente visibile ed evitabile con la dovuta attenzione.

Nel medesimo senso si collocano, ancora, ulteriori recenti pronunce, in particolare Cassazione civile sez. VI, 03/07/2018, n.17324 e Cassazione civile sez. VI, 17/01/2018, n.1064. La prima decisione ha stabilito come la rottura superficiale dell'asfalto possa facilmente essere evitata dal pedone, prestando la dovuta attenzione, con conseguente rigetto della domanda risarcitoria, mentre la seconda pronuncia ha escluso la responsabilità dell'ente custode per i danni occorsi ad una persona scivolata su una lastra di ghiaccio in quanto la situazione di pericolosità determinata dalla lastra era, "per le circostanze di tempo e di luogo, sicuramente visibile e tale da rendere molto probabile se non inevitabile l'evento".

Il principio di autoresponsabilità, su cui si fonda l'orientamento

di cui sono espressione le recenti pronunce appena richiamate, impone, quindi, l'adozione delle normali cautele che consentano di evitare le situazioni di possibile danno, purché queste risultino facilmente evitabili.

Nel caso di specie, anche ammettendo, in via meramente presuntiva, che lo stato dei luoghi all'epoca dei fatti fosse del tutto assimilabile a quello rappresentato nella documentazione fotografica versata in atti (successiva, lo si ribadisce, di oltre un anno all'evento dannoso), da detta documentazione emerge come il moderato dissesto fosse visibile e facilmente evitabile con l'adozione delle più elementari regole di prudenza. La stessa attrice ha affermato, del resto, che l'evento si è verificato intorno alle ore 11.00, quindi in pieno giorno e in condizioni di visibilità da ritenersi pertanto ottimali, atteso che la medesima in sede di terza memoria ex art. 183 cpc ha ulteriormente precisato che si trattava di una "soleggiata giornata".

Ne consegue che, in applicazione dei richiamati principi enunciati dalla Corte di Cassazione, va affermata la mancanza del nesso di causalità tra il lieve dissesto della pavimentazione e la caduta dell'attrice, posto che la situazione dei luoghi, l'orario diurno e le condizioni di visibilità riferite dall'attrice costituiscono la prova decisiva del fatto che l'uso dell'ordinaria diligenza avrebbe facilmente evitato la caduta stessa. In ragione dell'evitabilità del danno, si deve concludere, quindi, che il comportamento incauto dell'attrice, che ha omesso quelle sia pur minime cautele idonee a evitare la caduta, ha avuto esclusiva efficienza causale nella verifica dell'evento.

La domanda risarcitoria di parte attrice è respinta.

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

#### P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, in persona del giudice dott. Eugenio Tagliasacchi, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, definitivamente pronunciando, così provvede:

RESPINGE la domanda risarcitoria;

(...omissis...)

---

Tribunale di Savona, 6 ottobre 2019 - Giudice Unico Pelosi - ZY c. ASL.

#### **RESPONSABILITÀ civile - intervento chirurgico di rettificazione del sesso - danno alla salute - responsabilità della struttura sanitaria - presupposti - onere della prova.**

(Art. 1218 c.c.)

#### **RESPONSABILITÀ civile - responsabilità della struttura sanitaria - danno non patrimoniale - quantificazione - criteri.**

(Art. 2 Cost.; art. 8 CEDU; artt. 1226 e 2059 c.c.; L. n. 164/1982)

#### **RESPONSABILITÀ civile - intervento chirurgico di rettificazione del sesso - consenso informato - nozione - necessità.**

(Artt. 2, 13 e 32 Cost.; art. 31 Carta dei diritti fondamentali UE)

#### **PROCEDIMENTO civile - procedimento ex art. 8, L. n. 24/2017 - natura - limiti.**

(Artt. 696 bis e 702 bis c.p.c.; art. 8, L. n. 24/2017)

Nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica è

*onere dell'attore (danneggiato), dare prova dell'esistenza del contratto, dell'aggravamento delle proprie condizioni di salute o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento o, comunque, del mancato miglioramento e del relativo nesso di causalità, mentre spetta alla struttura la prova che la prestazione è stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti sono stati determinati da un evento impreveduto e imprevedibile o, comunque, non prevenibile.*

*La prova liberatoria imposta all'ente ospedaliero consiste nella dimostrazione di aver osservato le leges artis, di aver, cioè, tenuto un comportamento diligente e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinata da impedimento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta.*

(Conf.: Cass., n. 1538/2010; Cass., n. 27491/2008; Cass., n. 4030/2013; Cass., n. 12274/2011)

*La liquidazione del danno da violazione della libertà sessuale, diritto inviolabile della persona, ha natura non patrimoniale deve essere necessariamente equitativa, stante l'impossibilità o estrema difficoltà di prova nel suo preciso ammontare; la lesione patita non coinvolge solo il diritto alla salute, ma anche il diritto all'identità sessuale ed alla dignità della persona.*

(Conf.: Corte cost., n. 122/2015; Cass., n. 16417/2007)

*Il consenso libero, consapevole ed immune da vizi del paziente costituisce presupposto di legittimità dell'operato del medico ed è espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico e diritto inviolabile della persona che trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost., oltre che nell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali della UE. In mancanza di consenso informato, pertanto, l'intervento del medico è - fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità - illecito.*

*Il termine di cui all'art. 8 della legge n. 24/2017, non riguarda la procedibilità della domanda, ma la salvezza degli effetti della domanda, prodotti dalla proposizione del ricorso ex art. 696 bis c.p.c. L'osservanza del suddetto termine (per promuovere il giudizio di merito) è, quindi, funzionale ad ancorare tali effetti della domanda proposta ex art. 702 bis c.p.c. al precedente ricorso depositato ai sensi dell'art. 696 bis c.p.c., ma non è idoneo a determinare l'estinzione del giudizio.*

(Conf.: Cass., n. 16892/2019)

GIU.P.

### I fatti di causa.

Risulta pacifico che la ricorrente, all'epoca ZY, si sottopose ad intervento per il cambiamento di sesso, da quello maschile a quello femminile, essendo stato a ciò autorizzata con provvedimento del Tribunale di Milano 10990/09.

Si rivolse, a tal fine, all'ospedale S.

L'intervento (consistente nell'amputazione del pene, orchietomia e costruzione della neovagina e contestuale mastoplastica additiva) venne eseguito il 16 aprile del 2010.

10 giorni dopo fu eseguito un secondo intervento chirurgico per sanguinamento della neovagina e fu riscontrata una fistola retto vaginale. Seguirono altri e diversi interventi: in data 28 aprile 2010 venne eseguita una colostomia; in data 21 maggio 2010, vennero eseguiti il riposizionamento più in basso del meato uretrale, il rimodellamento della cute vaginale e l'innesco di materiale biocompatibile a copertura della fistola; in data 26 maggio 2010, fu eseguito un intervento di sutura della lacerazione del retto; in data 7 giugno 2010, fu eseguito un intervento per suturare la fistola. La ricorrente fu, infine, dimessa il 18 giugno 2010. Il 22 settembre 2010, presso l'ospedale S, fu eseguito un intervento di chiusura della colostomia e della fistola, con prelievo della pelle dalla coscia sinistra e

inserita in cavità neovaginale. Dimessa il 15 ottobre, essendo la cavità neovaginale sempre più stenotica, in data 13 novembre, fu ricoverata presso l'ospedale di S ove fu sottoposta ad intervento di ricostruzione della vagina con lembo perineale. Il 26 novembre del 2011, fu dimessa. Il 28 febbraio del 2012, la donna fu ricoverata per chiusura della colostomia e lipopilling delle cicatrici. All'esito di tali interventi, può dirsi che l'intervento non ha conseguito i risultati sperati: infatti, "la neovulva presenta una morfologia asimmetrica ed è presente una ipotrofia della metà inferiore del grande labbro di destra; sono presenti 2 cicatrici sulla coscia sinistra a seguito dell'intervento del 22 settembre 2010; inoltre, la neovagina risulta non esplorabile, con cute non distensibile, per la presenza di una sostanziale coartazione della cavità". La sig.ra Y ha, quindi, promosso il presente giudizio, preceduto da una consulenza preventiva, con la quale ha chiesto il risarcimento dei danni patiti, a causa, a suo dire, dell'imperizia dei medici intervenuti. La Asl si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto delle domande proposte nei suoi confronti.

### La violazione dell'art. 8 L 24/17.

Preliminarmente, deve essere esaminata l'eccezione processuale proposta dalla Asl. Secondo quest'ultima, infatti, la domanda proposta sarebbe inammissibile o, comunque, improcedibile, per violazione dell'art. 8 della L 24/17. La disposizione in esame, in estrema sintesi, prevede un'ipotesi di giurisdizione condizionata, nel senso che, per poter promuovere un'azione in materia di responsabilità medica, è necessario aver previamente promosso ricorso ex art. 696 bis c.p.c. o, in alternativa, procedimento di mediazione.

L'art. 8, al co. 3, con una disposizione a dir poco di difficile lettura, aggiunge che "Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-bis del codice di procedura civile".

Parte ricorrente ha promosso ricorso ex art. 696 bis c.p.c.; il ricorso proposto non ha rispettato, però, il termine di 90 gg di cui alla norma sopra menzionata.

Non è chiaro quali sono le conseguenze derivanti dalla violazione del termine di 90 gg., senza che sia stato instaurato il giudizio di merito.

Secondo l'interpretazione dominante, il ricorso proposto ex art. 696 bis c.p.c. e quello, poi, promosso ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. non danno vita a due procedimenti autonomi, ma sono due distinte fasi di un medesimo procedimento, così come avviene, ad es., per i procedimenti possessori che presentano anch'essi una struttura bifasica.

Per quanto riguarda il rispetto del termine di 90 gg. per promuovere il ricorso ex art. 702 bis c.p.c., secondo una prima interpretazione, questo, al pari di quello di 6 mesi, è perentorio. La conseguenza di tale ricostruzione è che, se il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. non è tempestivamente proposto nel suddetto termine, il processo già pendente si estinguerà, per inattività qualificata delle parti, ai sensi dell'art. 307, comma 3, c.p.c.

Secondo un'altra interpretazione, invece, il legislatore, con la previsione di cui all'art. 8, co. 3, avrebbe costruito una duplice condizione di procedibilità.

Questa potrebbe dirsi soddisfatta, consentendo, quindi, una pronuncia di merito, solo qualora vengano compiuti entrambi i seguenti adempimenti a) proposizione e conclusione del procedimento ex art. 696 bis c.p.c.; b) proposizione del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. nel termine di 90 gg. Tuttavia, entrambe le interpretazioni sopra menzionate, che porterebbero, quindi, ad

una pronuncia processuale, preclusiva di una sentenza di merito, con declaratoria di estinzione o di improcedibilità del giudizio, non convincono.

Infatti, in entrambi i casi, in assenza di indicazioni di segno contrario da parte del legislatore, la domanda sarebbe riproponibile; tuttavia, per renderla procedibile, le parti dovrebbero attivare nuovamente il procedimento ex art. 696 bis o di mediazione, i cui esiti sono peraltro scontati.

Vi è, poi, un ulteriore profilo di irrazionalità della normativa interpretata come riportato sopra. Tra le due condizioni di procedibilità previste in alternativa dal legislatore, mediazione e consulenza ex art. 696 bis c.p.c., la legge manifesta una preferenza per quest'ultima, indicando la mediazione come rimedio alternativo.

La soluzione è coerente, ove si consideri che il legislatore ritiene la consulenza potenzialmente più efficace della mediazione, evidentemente proprio per la particolare tecnicità della materia. Tuttavia, il legislatore non è coerente, laddove, tra le due ipotesi alternative previste come condizione di procedibilità della domanda (mediazione e consulenza), di fatto finisce con l'incentivare il ricorso alla mediazione in luogo del ricorso ex art. 696 bis c.p.c., prevedendo, per quest'ultimo, adempimenti ulteriori, non previsti per la mediazione (quali, appunto, la promozione del merito in un termine ristretto), che, se inottemperati, potrebbero impedire una pronuncia nel merito delle pretese.

Infatti, nel caso di mediazione, la mancata conciliazione o il decorso del termine massimo previsto per il procedimento integra definitivamente la condizione di procedibilità e consente, quindi, di adire immediatamente il Giudice per ottenere una pronuncia di merito; nel caso di proposizione della domanda di consulenza preventiva, invece, lo svolgimento del procedimento ex art. 696 bis c.p.c. non sarebbe sufficiente per dar vita alla fase di merito, in quanto sarebbe necessario promuoverla nel termine ristretto previsto di 90 gg.

In sostanza: da un lato, il legislatore preferisce lo strumento della consulenza che potrà, poi, rendere più rapida la fase di merito, che, quindi, assume le forme più snelle dell'art. 702 bis; dall'altro, però, rende tale strada più tortuosa e meno agevolmente praticabile.

A ciò deve aggiungersi che, considerato che il termine di 90 gg decorre dalla scadenza del termine di 6 mesi, a prescindere dal fatto che la ctu sia o meno stata depositata, si avrebbe l'assurdo di un legislatore che, da un lato, offre uno strumento per la conciliazione e, dall'altro, incentiva la parte ad un ricorso al buio, quando ancora non è stata depositata alcuna ctu e quando, quindi, non è neppure prevedibile l'esito della lite. Sostenere, quindi, che il mancato rispetto del termine di 90 giorni previsto dall'8 della L 24 del 2017 comporta l'estinzione o impedisce, comunque, una decisione nel merito nel successivo giudizio post consulenza porterebbe a conclusioni irrazionali e probabilmente incostituzionali.

A questo deve aggiungersi che "le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga alla disciplina generale, devono essere interpretate in senso non estensivo" (Corte Cost. 403/07; Cass. 967/04) e, anzi, "devono essere interpretate in senso restrittivo" (Cass. 26560/14), "dovendo limitarsene l'operatività ai soli casi nei quali il rigore estremo è davvero giustificato" (Cass. 6130/11).

L'unica interpretazione razionale possibile (conforme al canone ermeneutico del legislatore consapevole) dell'art. 8 è, allora, quella che considera assolta la condizione di procedibilità unicamente con la conclusione del procedimento per atp o con il decorso del termine di 6 mesi. Il termine di 90 giorni, quindi, non riguarda la condizione di procedibilità, ma altra problematica, quella della salvezza degli effetti della domanda, effetti prodotti dalla proposizione del ricorso ex art.

696 bis c.p.c. Ci si riferisce agli effetti sostanziali della domanda (ad es., gli effetti interruttivi della prescrizione) ed a quelli processuali (si pensi, ad es., alla litispendenza oppure si pensi al venir meno della obbligatorietà dell'introduzione del giudizio con il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. in luogo della citazione).

Il rispetto del termine di 90 gg. per promuovere il ricorso per il giudizio di merito è, quindi, funzionale ad ancorare tali effetti della domanda proposta ex art. 702 bis c.p.c. al precedente ricorso depositato ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c. Come evidenziato dalla migliore dottrina, "insomma, se l'attore ha proposto la domanda oltre i detti 90 giorni, semplicemente non si avrà quell'ancoraggio, ma non credo si possa affermare che qui emerga un'ipotesi di estinzione del processo dichiarativo, conseguenza che non avrebbe alcun senso". Ne discende che l'eccezione di estinzione proposta è infondata ed è possibile una pronuncia nel merito della controversia.

### La responsabilità della Asl nell'intervento medico.

Passando al merito, parte ricorrente imputa alla Asl il fallimento dell'intervento medico di cambiamento del sesso, oltre ad una inadeguata informazione.

La responsabilità civile si compone di tre elementi: una condotta colposa, un danno ingiusto (cioè lesivo di un interesse giuridicamente protetto), ed un nesso di causalità tra la prima ed il secondo. Spetta al paziente dar prova del contratto, del danno e del nesso di causalità; al convenuto, invece, dimostrare l'esattezza della propria prestazione.

Si tratta, infatti, di applicare i principi in tema di responsabilità contrattuale (Cass. 975/09; si vedano, inoltre, Cass. 577/08 e la legge Balduzzi e la più recente legge Gelli Bianco).

In materia, quindi, si richiama Cass. Sez. Un. 13533/01, secondo cui spetta al creditore dimostrare il contratto sanitario ed allegare l'altrui inadempimento, mentre il debitore deve dimostrare di aver correttamente adempiuto. Più specificamente, il paziente deve fornire la prova del contratto, dell'aggravamento delle proprie condizioni di salute o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento o, comunque, del mancato miglioramento (Cass. 24791/08) e del relativo nesso di causalità (Cass. 10743/09), mentre spetta alla struttura la prova che la prestazione è stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti sono stati determinati da un evento impreveduto e imprevedibile o, comunque, non prevenibile.

Al riguardo, è pacifico che vi è stato un contatto sociale tra Asl e la ricorrente e che vi è stato un aggravamento delle condizioni di salute di quest'ultima a seguito dell'intervento eseguito.

Il ctu ha evidenziato che l'esito infausto dell'intervento è stato determinato da una lacerazione del retto con conseguente successiva comparsa di fistola rettovaginale, causa, poi, a sua volta, della stenosi della neovagina. Infatti, non è stato possibile utilizzare il conformatore vaginale che, per le complicanze riscontrate, è stato rimosso. Proprio ciò ha comportato la formazione di una neovagina penetrabile per solo 1 cm a fronte di una profondità media raggiunta normalmente in operazioni analoghe di circa 15 cm. Si tratta di capire come si è determinata tale lesione.

Il ctu ha evidenziato che non c'era alcuna circostanza extraoperatoria che giustificasse una simile lacerazione.

La Asl, poi, non ha dimostrato, com'era suo onere, quali misure erano state adottate ad evitare il verificarsi della fistola. Infine, non è stato dimostrato che il riconoscimento della lesione, causa di ulteriori complicanze, fu tempestivo.

Secondo il ctu, questo configura una mancanza del personale medico intervenuto.

La prova liberatoria imposta all'ente ospedaliero consiste,

nella dimostrazione di aver osservato le *leges artis*, di aver, cioè, tenuto un “comportamento diligente” (Cass. 1538/10; Cass. 24791/08) o, comunque, nella prova che “la prestazione è stata eseguita in modo diligente e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da impedimento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta” (Cass. 4030/13), come nel caso di complicità inevitabile (Cass. 12274/11).

Alla luce della *ctu*, tale prova non può dirsi raggiunta.

Infatti, la *Asl* non è stata in grado di fornire una ragione attendibile sulla cui base riferire a circostanze extraoperatorie l'insuccesso medico. Non è, poi, stata dimostrata la correttezza dell'intervento.

A questo deve aggiungersi che la giurisprudenza afferma che “In tema di responsabilità medica, la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato. Tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento dell'eventuale colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la sua condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito, che aveva escluso la responsabilità dei sanitari nonostante non risultassero per sei ore annotazioni sulla cartella clinica di una neonata, nata poi con grave insufficienza mentale causata da asfissia perinatale, così da rendere incomprensibile se poteva essere più appropriata la rilevazione del tracciato cardiocografico rispetto alla mera auscultazione del battito cardiaco del feto). (Cass. 6209/16).

Il *ctu* ha evidenziato che, inoltre, la cartella clinica è risultata incompleta e non ha descritto la profondità della neovagina, né del tutore neovaginale posizionato al termine dell'intervento.

L'incompletezza della cartella ha, quindi, impedito di formulare un'ipotesi più attendibile sulla causa dell'insuccesso.

Infine, parte resistente ha evidenziato che la perdita di sangue da parte della sig.ra Y si era verificata a distanza di giorni rispetto all'intervento, come si evinceva dalla cartella clinica.

Tuttavia, la cartella clinica non può giovare sul piano probatorio alla *Asl* in quanto trattasi di atto da questa proveniente.

### **Il danno conseguente all'operazione.**

Ne discende che la resistente deve essere condannata al risarcimento del danno. Il risarcimento del danno non patrimoniale è stato oggetto delle sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione rese in data 11.11.2008 (nn. 26972, 26973, 26974 e 26975).

Affrontando un annoso nodo interpretativo, la Suprema Corte ha chiarito che “il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate”.

È, pertanto, compito del giudice, nel singolo caso concreto, liquidare un'unica voce di danno non patrimoniale, individuata e ponderata, in modo tale da ricomprendervi unitariamente tutti i pregiudizi risarcibili, purché oggetto di specifica allegazione e di idonei riscontri probatori forniti dall'interessato, tenendo altresì conto del limite imposto dall'art 2059 c.c. costituzionalmente interpretato, il quale impone di considerare a fini risarcitori solo quei pregiudizi si traducano nella lesione di un interesse della persona costituzionalmente rilevante (con esclusione dei danni c.d. bagatellari), ovvero espressamente considerati da specifiche norme di legge primaria.

Quanto alle sofferenze patite in conseguenza dell'illecito, “cd

danno morale”, questo continua ad essere risarcito e non è affatto scomparso, come è stato frettolosamente sostenuto dopo le sentenze di San Martino.

Questo, infatti, consiste in un pregiudizio ad un valore costituzionale che va dunque risarcito. In sostanza, lo stesso illecito produce la lesione sia del bene salute di cui all'art. 32 Cost. che dell'integrità morale di una persona ex art. 2 Cost.

Nella liquidazione del pregiudizio alla salute, occorre in astratto tenere conto: (a) dell'invalidità permanente causata dalle lesioni (danno biologico permanente), la cui liquidazione comprende necessariamente tutti i pregiudizi normalmente derivanti da quei tipo di postumi; (b) delle sofferenze che, pur traendo occasione dalle lesioni, non hanno un fondamento clinico, come, ad es., il dolore fisico che ha base medico legale ed è già, quindi, ricompreso nel bareme: si tratterà, ad esempio, della vergogna, della prostrazione, del revanchismo, della tristezza, della disperazione.

Nel risarcire il danno subito, il Giudice deve determinare “la compensazione economica socialmente adeguata” del pregiudizio, quella che “l'ambiente sociale accetta come compensazione equa”.

La liquidazione del danno non patrimoniale deve essere necessariamente equitativa, stante dell'impossibilità o estrema difficoltà di prova nel suo preciso ammontare (Cass. 12613/2010).

Nel caso di danno biologico è, quindi, possibile utilizzare le tabelle del Tribunale di Milano che determinano la somma da liquidare avendo riguardo non solo al cd danno biologico in senso stretto (inteso quale mera lesione dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di valutazione medico legale - cfr. artt. 138 e 139 D.lgs 209/2005), ma, altresì, alle sofferenze patite ed a tutti i pregiudizi di natura dinamico-relazionale subiti dal danneggiato ed ordinariamente connessi, secondo una prognosi di normalità, al grado delle lesioni riportate.

A tal fine, il Giudice deve personalizzare la liquidazione del danno non patrimoniale variando adeguatamente, in più od in meno, il valore risultante dall'applicazione del criterio standard, al fine di adeguare il risarcimento alle specificità del caso concreto. Tale operazione va compiute senza automatismi risarcitori, *juxta alligata et probata*, e soprattutto sulla base di adeguata motivazione che spieghi: - quali pregiudizi sono stati accertati; - con quali criteri sono stati monetizzati; - con quali criteri il risarcimento è stato personalizzato” (Cass. 23778/14).

Il bareme usato dalla medicina legale indica il complesso delle privazioni che la vittima dovrà subire nella vita quotidiana, lavorativa e sociale per effetto della menomazione e che, per convenzione, viene misurato in misura percentuale, ipotizzando per *factio iuris* che sia pari a “100” la validità d'una persona sana, dello stesso sesso e della stessa età della vittima. A tale diminuzione della capacità della persona le tabelle di Milano ricollegano un certo importo risarcitorio standard, inteso a ristorare la perdita delle attività che normalmente quella menomazione

comporta per la vittima.

Per poter ottenere un risarcimento ulteriore rispetto a quello standard, la parte deve indicare “- al di là di stereotipi e per ciò solo insignificanti formule di stile - per quale ragione le lesioni patite” dall'attore “abbiano provocato una compromissione della vita di relazione maggiore e più significativa di quella che le medesime lesioni avrebbero provocato in un'altra persona della stessa età, e che necessariamente vengono ristorate attraverso la monetizzazione del grado di invalidità permanente col criterio standard”.

In sostanza, l'aumento delle voci di danno e del quantum che può essere concesso al danneggiato sarà possibile solo con

l'allegazione e la prova di quelle specifiche conseguenze indicate nell'atto di citazione, rispetto alle quali il sistema tabellare - per come è costruito - non potrebbe essere in grado di offrire una adeguata riparazione (Cass. 7513/18).

La personalizzazione del danno si fonda sul danno esteriore consistente nelle conseguenze negative sulla vita sociale della vittima (danno dinamico relazionale): tanto più questo è grave, tanto maggiore dovrà essere l'aumento riconosciuto sulla liquidazione standard.

Su un piano diverso, invece, si pone la sfera interiore e, in particolare i sentimenti di vergogna, disagio conseguenti all'altrui illecito e che condizioneranno tutta la vita di XY.

Quest'ultima tipologia di danno è estranea al sistema tabellare e deve, quindi, essere liquidata a parte, in quanto non suscettibile di valutazione medico legale. Sul punto, si vedano Cass. 2788/19 e Cass. 901/18.

Nel caso di specie, ai fini della personalizzazione del danno, si devono considerare: le sofferenze fisiche patite dalla sig.ra Y (qualificate come medio alte dal ctu) per effetto dei numerosi interventi cui la donna si è dovuta sottoporre, interventi evitabili nel caso in cui l'operazione fosse andata a buon fine; i giorni passati in ospedale (all'incirca 3 mesi); le difficoltà relazionali con le altre persone a causa dell'imperfetto passaggio da un genere all'altro; Tali profili giustificano una liquidazione del danno non patrimoniale nella misura tabellare massima. Inevitabilmente, XY avrà difficoltà non comuni nelle relazioni sentimentali ed in ogni situazione in cui l'intimità delle persone è particolarmente esposta (come ad es. spogliatoi di strutture sportive o turistico-alberghiere, servizi igienici pubblici, ecc.).

Applicando al caso di specie le tabelle del Tribunale di Milano, per un danno quale quantificato dal ctu (30% di invalidità permanente; 30 gg. di invalidità temporanea totale; 60 gg. di invalidità al 75% e 90 gg. di invalidità al 50%) è prevista una liquidazione standard di euro € 169.030,00 (157.270,00 per la permanente ed euro 11.760,00 per la temporanea). Per effetto della personalizzazione, quindi, a titolo di danno biologico sono dovuti complessivi 214.618,00.

Per quanto riguarda il danno alla sfera interiore, non liquidato tramite le tabelle ma in via autonoma, si osserva che è noto che già l'intervento di cambiamento di sesso, comportando una demolizione di una parte del proprio fisico ed una ricostruzione, è fonte di stress, ansia, angoscia, tant'è che non tutti sono disponibili a sottoporsi, nonostante la consapevolezza di una discrasia tra il genere sessuale cui appartengono psicologicamente e quello cui appartengono fisicamente. E diversi ordinamenti, tra cui il nostro, consentono tale passaggio senza necessità di sottoporsi a tale intervento, proprio per la consapevolezza della gravosità di tale cambiamento.

È, quindi, agevole sostenere che la parte che vuole fortemente tale cambiamento anche sul piano fisico, tanto da superare tale profondo travaglio interiore, subisce un trauma insuperabile, nel momento in cui l'esito dell'intervento non è adeguato alle proprie aspettative.

Più specificamente, è noto che, alla base della decisione di rettificazione del sesso, vi è un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali, il cui cambiamento è condizione essenziale per raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico.

Si deve tener conto della centralità dell'identità sessuale nello sviluppo della persona, tanto nella sua dimensione individuale quanto in quella sociale in quanto una situazione di protratta ambiguità sessuale, ove patita, ritarda, se non addirittura ostacola, l'acquisizione, da parte del soggetto, della propria identità psico-fisica.

Ciò non può che produrre sentimenti di vulnerabilità, umiliazione e ansia, sentimenti in astratto potenzialmente perpe-

tui ed insuperabili, dal momento che parte ricorrente è rimasta prigioniera di un fisico che sente non appartenergli.

La lesione patita, quindi, non coinvolge solo il diritto alla salute, ma anche il diritto all'identità sessuale ed alla dignità della persona.

Il primo è un diritto inviolabile della persona, quale essenziale forma di realizzazione della propria personalità (Cass. 16417/2007 e Corte Cost. 122/15), che gode di tutela costituzionale (art. 2 Cost.) di fonti di diritto internazionale (art. 8 CEDU), e legislativa (L. 164/82). Si tratta del diritto della persona di scegliere la propria identità sessuale, femminile o maschile, a prescindere dal dato biologico e di essere riconosciuta ed identificata, sia nell'ambiente sociale in cui opera che nella famiglia, in modo corrispondente al sesso cui sente di appartenere, anche se diverso da quello accertato al momento della nascita. Come evidenziato dalla dottrina, tale diritto "si atteggia essenzialmente come libertà, non soltanto negativa, implicante il rispetto della propria individualità sotto il profilo sessuale, con conseguente dovere per la collettività di astenersi da comportamenti lesivi; ma anche, e soprattutto, positiva, come libertà, tutelata dall'ordinamento, di scegliere la propria identità di genere e di autodeterminarsi al verificarsi dei presupposti richiesti".

L'identità sessuale è strettamente connessa e strumentale alla dignità della persona che, tra l'altro, passa attraverso l'identificazione con un genere sessuale.

Nella specie, invece, il passaggio da un genere sessuale all'altro non si è del tutto perfezionato a causa delle condizioni dell'organo genitale femminile, e ciò impedisce, quindi, alla ricorrente di poter vivere appieno, sul piano psicologico, la propria femminilità.

Per queste ragioni, vengono liquidate in via equitativa ex art. 1226 c.c. ulteriori euro 150.000,00, tenuto conto degli ulteriori valori costituzionali coinvolti (dignità ed identità sessuale).

La somma riconosciuta a titolo di risarcimento deve essere devalutata dal 1 gennaio 2018 (data di adozione delle tabelle di Milano) sino al momento del fatto (per la somma liquidata per l'invalidità permanente la devalutazione va fatta sino alla data in cui si sono consolidati i postumi permanenti ed è, quindi, cessata la malattia; Cass. 27584/11).

La rivalutazione va effettuata applicando sulle somme gli indici della rivalutazione monetaria ricavati dalle pubblicazioni ufficiali dell'Istituto Nazionale di Statistica. Gli indici presi in considerazione sono quelli del c.d. costo della vita, ovvero sia del paniere utilizzato dall'ISTAT per determinare la perdita di capacità di acquisto con riferimento alla tipologie dei consumi delle famiglie di operai ed impiegati (indice F.O.I.). Per quanto riguarda gli interessi, questi sono dovuti in misura legale e vanno liquidati d'ufficio (Cass. 4028/17).

Quanto al danno patrimoniale, nulla può essere riconosciuto per le spese mediche e di viaggio, in assenza di documentazione che la comprovi, mentre, quanto alle spese di ctp, queste sono dovute e vengono liquidate in misura pari all'onorario dovuto al ctu, notoriamente più basso rispetto alle tariffe professionali, come da richiesta di parte ricorrente. "La condanna del soccombente alle spese di consulenza tecnica di parte sopportate dalla controparte non presuppone la prova dell'avvenuto pagamento, ma presuppone, comunque, la prova della effettività delle stesse, ossia che la parte vittoriosa abbia quantomeno assunto la relativa obbligazione".

#### **Il danno per omessa informazione.**

Parte attrice ha, poi, lamentato di non essere stato adeguatamente informato in relazione all'intervento medico subito.

Anche in questo caso, l'inadempimento è sussistente.

Il modulo sottoscritto (doc. 13 di parte ricorrente) è del tutto

generico; si fa riferimento ad un colloquio informativo, nel corso del quale sarebbero state indicate le probabilità dell'intervento, le possibili complicanze, i benefici ecc., ma non è stato indicato che cosa è stato detto in concreto.

In sostanza, si è indicato l'oggetto dell'informazione, ma non il contenuto, cosicché non è possibile valutare se questa fu completa ed esauriente.

In ogni caso, come evidenziato da parte ricorrente, nel suddetto modulo manca l'indicazione delle modalità dell'intervento, di eventuali alternative, l'eventuale periodo di convalescenza ecc. La Asl ha formulato alcuni capitoli di prova volti a sopperire alla genericità delle indicazioni risultanti per iscritto, ma questi non sono ammissibili in quanto valutativi e generici, in quanto privi delle indicazioni temporali in cui tali informazioni sarebbero state rese. Ne discende che deve ritenersi non provato che l'intervento fu eseguito previa adeguata informazione.

Il consenso libero, consapevole ed immune da vizi del paziente costituisce presupposto di legittimità dell'operato del medico, è espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico e diritto inviolabile della persona che trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost, oltre che nell'art 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In mancanza del consenso informato, dunque, l'intervento del medico è - fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità - illecito. La giurisprudenza sul punto ha sostenuto: "In materia di responsabilità per attività medicochirurgica, l'acquisizione del consenso informato del paziente, da parte del sanitario, costituisce prestazione diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, con la conseguenza che l'errata esecuzione di quest'ultimo dà luogo ad un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto

per la violazione dell'obbligo di informazione, anche in ragione della diversità dei diritti - rispettivamente, all'autodeterminazione delle scelte terapeutiche ed all'integrità psicofisica - pregiudicati nelle due differenti ipotesi. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la decisione con cui i giudici di merito, nel rigettare la domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla omessa rilevazione e comunicazione della malformazione del feto, avevano pronunciato esclusivamente in ordine ai danni da mancata interruzione della gravidanza, per carenza di prova in ordine alla volontà della donna di non portare a termine la gravidanza, omettendo del tutto di valutare gli altri e diversi danni e le relative conseguenze, nella specie indicate nell'impossibilità di prepararsi, come genitori, psicologicamente e materialmente alla nascita di un figlio malformato) (Cass. 16892/19).

Non è, invece, richiesta la prova che se correttamente informata, XY si sarebbe astenuta dal sottoporsi all'intervento: tale prova è, invece, richiesta laddove il danno lamentato riguardi non il diritto all'autodeterminazione, bensì il diritto alla salute.

Tenuto conto dell'invasività del trattamento terapeutico non preceduto da consenso informato, dell'entità delle complicanze prevedibili verificatesi, si liquidano in via equitativa ex art. 1226 c.c. euro 10.000,00, somma già comprensiva di interessi e rivalutazione.

(...*Omissis*...)

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

condanna Asl a pagare ad XY euro 374.618,00 oltre accessori come in parte motiva per danno non patrimoniale ed euro 2.928,00 per spese di ctp;

(...*Omissis*...)

# Massimario

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 26 luglio 2019, n. 1939 - Giudice Unico Tuttobene - G. (Avv. Bonacchi) c. S. s.p.a. (Avv. Rosso) - P. s.c.p.a. (contumace) e c. A. (Avv. Rivellini) e c. F. (Avv. Sottana).

**APPALTO - garanzia dei vizi - natura personale - prescrizione - decorrenza - conoscenza sicura - ammissibilità - decorrenza.**

(Art. 1669 c.c.)

**APPALTO - vizi - individuazione dei responsabili - criteri.**

**APPALTO - vizi - interessamento del costruttore - obbligazione autonoma - ammissibilità - termine di prescrizione ordinario.**

**APPALTO - gravi difetti - nozione.**

**MEDIAZIONE obbligatoria - lite tra condomino e terzo - esclusione dell'obbligo.**

*L'azione di garanzia ai sensi dell'art. 1669 c.c. ha natura personale e può essere fatta valere da ciascuno dei comproprietari di un edificio sia nel caso i vizi riguardino una parte comune sia una delle unità immobiliari di proprietà esclusiva. Il termine di prescrizione di cui all'art. 1669 c.c. decorre dal momento in cui l'attore acquisisce la conoscenza sicura dei difetti e tale consapevolezza non può ritenersi raggiunta sino a quando non si sia manifestata la gravità dei difetti medesimi e non si sia acquisita, in ragione degli effettuati accertamenti tecnici, la piena comprensione del fenomeno e la chiara individuazione ed imputazione delle sue cause, non potendosi onerare il danneggiato della proposizione di azioni generiche a carattere esplorativo.*

*Poiché la denuncia dei gravi difetti o del pericolo di rovina dell'opera costituisce, ai sensi dell'art. 1669 c.c., una condizione dell'azione di responsabilità esercitabile nei confronti dell'appaltatore o del costruttore-venditore, quando il convenuto eccipisca la decadenza dall'azione per intemperatività della denuncia, costituisce onere dell'attore fornire la prova di avere operato la denuncia entro l'anno dalla scoperta; non basta, a tale scopo, dimostrare che gli specifici eventi indicati dai convenuti come prova della conoscenza dei vizi non avevano in effetti rilevanza a tali fini.*

*Il criterio per individuare i soggetti che possono rispondere ai sensi dell'art. 1669 c.c. è proponibile nei confronti del venditore non solo quando questi abbia provveduto alla costruzione con gestione diretta di uomini e mezzi, ma anche quando l'opera sia stata eseguita (in tutto od in parte) da un terzo, su suo incarico, egli abbia comunque mantenuto il potere di impartire direttive od il potere di sorveglianza sullo svolgimento dell'attività altrui. Quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, per inadempimenti di contratti diversi, intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi e il danneggiato, tali soggetti debbono essere considerati corresponsabili in solido, non tanto sulla base dell'estensione alla responsabilità contrattuale della norma dell'art. 2055 c.c., dettata per la responsabilità extracontrattuale, quanto perché, sia in tema di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi che regolano*

*il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo.*

*L'interessamento manifestato e tenuto costante dall'appaltatore ad eliminare i vizi della cosa o dell'opera costituisce la fonte di un'autonoma obbligazione di fare, la quale si affianca all'originaria obbligazione di garanzia, senza estinguerla, a meno di uno specifico accordo novativo, di talché tale obbligazione è soggetta non già ai termini di prescrizione e decadenza stabiliti per quella di garanzia ex art. 1669 c.c. ma all'ordinario termine di prescrizione decennale fissato per l'inadempimento contrattuale.*

*I gravi difetti richiamati dall'art. 1669 c.c. sono integrati da qualsiasi alterazione conseguente ad un'insoddisfacente realizzazione dell'opera che - pur non riguardando parti essenziali della stessa - incida negativamente e in modo considerevole sul godimento del bene medesimo realizzato. Rientrano nella nozione di gravi difetti tutti quei vizi che compromettono la funzionalità di un singolo impianto (l'impianto di riscaldamento, l'ascensore esterno, ecc.) di fondamentale rilevanza per il normale godimento dell'immobile secondo la sua destinazione naturale ed i vizi che compromettono diffusamente determinate componenti dell'edificio (i pavimenti interni, l'intonaco esterno), tanto da non rappresentare difetti isolati, bensì generalizzati e che menomano la struttura nella sua interezza.*

*L'obbligo di ricorrere al procedimento di mediazione ai fini della procedibilità della domanda si applica solo ai rapporti interni tra i condomini e non anche nelle liti aventi ad oggetto obbligazioni assunte verso i condomini da un terzo.*

F.A.D.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 25 gennaio 2018 - Giudice Unico Ziccardi - Cond. (Avv. Pizzorni) c. C. (Avv. Rossetti).

**COMUNIONE e condominio - amministratore mandatario con rappresentanza - obbligo di restituzione a fine mandato - mancata restituzione somme precedenti gestioni - rigetto.**

(Artt. 1129, c. 4, 1387 e ss. e 1703 e ss. c.c.)

*E' confermata dal novellato art. 1129, c. 4, c.c. l'applicabilità per il rapporto tra condominio e amministratore delle norme sul mandato, pertanto l'amministratore può ritenersi un mandatario con rappresentanza con l'applicabilità degli artt. 1387 e ss. e 1703 e ss. c.c. In virtù di ciò sarebbe privo di senso ritenere che l'amministratore al momento della fine della gestione - sia che essa avvenga per la scadenza del termine, sia che avvenga prematuramente per effetto della revoca - debba restituire soltanto quanto afferisce la gestione dell'anno e non, invece, tutto quanto ha percepito per conto del condominio, comprese le somme riguardanti le precedenti gestioni. (Cfr. Cass., n. 10185/2010).*

EL.C.

Giudice di Pace di Genova, 5 giugno 2018, n. 963 - C. (Avv.ti Domini e Galli) c. S. s.r.l. (Avv.ti Stasi e Pizzonia).

**CONTRATTO in genere - consumatore - minaccia di aborto - recesso - ammissibilità.**

(Artt. 52 e 66 bis, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206)

*La competenza del foro del consumatore sussiste anche nel caso dell'acquisto di un c.d. pacchetto turistico. E' legittimo il recesso dal contratto qualora una delle parti sia impossibilitata a partire per una minaccia di aborto, essendo tale fatto non imputabile alla parte; in difetto si avrebbe un ingiustificato arricchimento in favore della controparte.*

F.A.D.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 13 marzo 2018 - Giudice Unico Cazzato - S. (Avv. Alicata) c. F. (Avv. Traverso).

**FALLIMENTO - concordato preventivo - procedura concorsuale "in corso" - concordato "in bianco" - ammissibilità - nozione.**

(Artt. 161 e 186 bis L.F.)

*Con riferimento al problema di quando possa dirsi "in corso" una procedura concorsuale, la giurisprudenza ha ritenuto che non sia sufficiente una mera istanza creditoria (quale è quella del c.d. concordato "in bianco") occorrendo quanto meno un pronunciamento istruttorio del giudice che accerti oggettivamente lo stato di insolvenza dell'impresa.*

*Nell'ipotesi di concordato preventivo le evidenziate preoccupazioni possono dirsi superate se è lo stesso imprenditore a chiedere l'ammissione alla procedura concorsuale, con una condotta che "ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto. (Cfr. Consiglio di Stato n. 516/1999 e Consiglio di Stato n. 2155/2010)*

EL.C.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 11 febbraio 2019, n. 417 - Giudice Unico Bonino - B.C. s.r.l. (Avv. Ghisiglieri e Arena) c. Banca (Avv. Iannetti) e c. Agenzia dell'Entrate (Avv. Misurale).

**FALLIMENTO e procedure concorsuali - creditori concorsuali - azione esecutiva individuale - inammissibilità.**

(Artt. 168, 184 e 185 L.F.)

**FALLIMENTO e procedure concorsuali - sentenza di omologazione del concordato preventivo - natura - limiti.**

(Artt. 168, 184 e 185 L.F.)

**FALLIMENTO e procedure concorsuali - diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia - natura - credito privilegiato - consenso delle parti - necessità - esclusione.**

(Art. 2, comma 100, lettera a), L. 23 dicembre 1996, n. 662)

*L'azione esecutiva individuale da parte dei creditori concorsuali non è ammissibile, anche nella fase di esecuzione del concordato omologato ex art. 168-184-185 L.F., perché la ratio dell'art. 168 L.F. e quella di evitare che i beni sociali possano essere aggrediti da parte dei creditori anteriori alla procedura in quanto destinati ad essere liquidati nell'ambito del piano concordatario nel rispetto della par condicio. L'applicabilità della norma deve essere estesa sino al momento della completa esecuzione del concordato e, in quelli di natura liquidatoria con cessione dei beni, sino a quando la liquidazione dei beni non sia conclusa perché se i creditori concorsuali - successivamente all'omologa e durante l'esecuzione del concordato - potessero avviare azioni esecutive individuali sui beni destinati*

*all'esecuzione e all'adempimento del concordato, verrebbe meno la funzione dell'istituto e l'effetto esdebitatorio che ne consegue.*

*La sentenza di omologazione del concordato preventivo determina un vincolo definitivo sulla riduzione quantitativa dei crediti ma non comporta la formazione di un giudicato sull'esistenza, entità e rango (privilegiato o chirografario) di questi ultimi, né sugli altri diritti implicati nella procedura stessa, presupponendone un accertamento non giurisdizionale ma meramente amministrativo, di carattere deliberativo e volto al solo scopo di consentire il calcolo delle maggioranze richieste ai fini dell'approvazione della proposta; questo non esclude la possibilità di far accertare in via ordinaria, nei confronti dell'impresa in concordato, il proprio credito ed il privilegio che lo assiste.*

*Il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile, fatti salvi i precedenti diritti di prelazione spettanti a terzi. La costituzione e l'efficacia del privilegio non sono subordinate al consenso delle parti.*

F.A.D.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., decr. 26 aprile 2019 - Giudice Unico Ammendolia - C. (Avv. Bonacchi).

**FALLIMENTO e procedure concorsuali - organismo per la crisi da sovraindebitamento - pubblicazione della domanda di liquidazione - riservatezza - necessità.**

(Art. 14 ter, L. n. 3/2012)

**FALLIMENTO e procedure concorsuali - organismo per la crisi da sovraindebitamento - liquidazione del patrimonio - poteri del debitore - domanda di liquidazione - contenuto e verifiche.**

(Art. 14 ter, L. n. 3/2012)

*La legge 3/2012 non prevede la possibilità di pubblicazione della domanda per estratto e non prevede presidi a tutela della riservatezza del ricorrente ulteriori rispetto alla tutela che lo stesso debitore autonomamente realizza scegliendo discrezionalmente quali informazioni inserire nella domanda proposta.*

*La domanda di liquidazione, una volta aperta la procedura, comporta limiti e vincoli per i creditori, secondo la situazione patrimoniale e personale ivi integralmente indicata, e, nella medesima integralità, deve essere pubblicata in modo che tutti gli interessati, eventualmente anche diversi da quelli che il debitore ha elencato nella domanda, possano venirne a conoscenza ed esercitare i diritti e le difese di cui all'art. 14 sexies e segg. L. 3/2012.*

*Nel caso in cui il debitore ricorrente svolga attività di impresa, è prevista per legge anche la pubblicazione nel registro delle imprese, senza possibilità che essa avvenga per estratto e che la pubblicazione nel registro delle imprese consenta pertanto alla generalità dei cittadini la conoscenza della domanda nel testo integrale depositato in Tribunale. Pertanto, visto che la pubblicazione della domanda di liquidazione è un elemento necessario della procedura, occorre che il ricorrente ed i di lui familiari in essa menzionati abbiano consapevolezza di ciò e prestino espressamente il consenso al trattamento dei dati che li riguardano e alla pubblicazione, ai sensi e per gli effetti del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 e del D.Lgs. n. 196/2003.*

*Analogamente a quanto previsto nella procedura fallimentare dal-*

*l'art. 55 c. 2 R.D. 267/1942, anche nella liquidazione del patrimonio delle persone non soggette a fallimento tutti i debiti pecuniari, derivanti da titolo o causa anteriori, si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di apertura della procedura.*

*La liquidazione del patrimonio non consente al debitore di scegliere quali debiti aventi titolo o causa anteriore possano essere pagati o in che misura possano essere falcidiati; infatti, sia la verifica del passivo, sia il programma di liquidazione, sia il riparto, sono atti del liquidatore e non formano oggetto di accordo con i creditori, né di piano loro proposto dal debitore, che ha la mera facoltà di mettere a disposizione di tutti i creditori, aventi titolo o causa anteriore, l'intero patrimonio, con l'aspettativa di ottenere, al termine della procedura, il beneficio dell'esdebitazione.*

*Il ricorrente, nonché il professionista che svolge funzioni di OCC, debbono verificare che la domanda di liquidazione sia conforme alla fattispecie legale di cui all'art. 14 ter e segg. L. 3/2012 - in armonia con i principi di universalità e concorsualità - nonché alle norme che riservano al liquidatore la formazione dello stato passivo, la definizione del programma di liquidazione ed il riparto (a fine di illustrare le cause dell'indebitamento e a documentare la diligenza nell'assumere le obbligazioni, non è sufficiente fare generico riferimento alle spese e ai finanziamenti richiesti per far fronte alla situazione conseguente alla malattia del coniuge, ma occorre documentare specificamente come è stato impiegato il denaro).*

F.A.D.

Tribunale di Savona, 19 luglio 2018 - Giudice Unico Princiotta - D. (Avv. Ruffino) c. N. (Avv. Piccone Casa).

**LOCAZIONE - locazione ad uso abitativo - nullità clausola progressivo aumento del prezzo - libera determinazione canone - adeguamento e non aumento - rigetto.**

(Artt. 32 e 79 L. 392/78)

*La clausola che preveda la determinazione del canone in Misura differenziata e crescente per frazioni successive di tempo nell'arco del rapporto è valida a condizione che si tratti, non già di un vero e proprio "aumento", bensì di un "adeguamento" del canone al mutato valore locativo dell'immobile volto a ripristinare il sinallagma originario, evitando uno squilibrio a vantaggio del conduttore altrimenti determinato dal canone fisso ovvero di una limitata e iniziale "riduzione" del canone convenuto, sempre che nell'uno, come nell'altro caso, tanto emerga da elementi obiettivi e predeterminati cui sia affidata la "scaletta" del canone. (Cfr. Cass. n. 20384/2016)*

*Alla stregua del principio generale della libera determinazione convenzionale del canone locativo per gli immobili destinati a uso non abitativo, deve ritenersi legittima la previsione di un canone crescente per frazioni successive di tempo nell'arco del rapporto, purché il criterio della sua progressiva variazione in aumento sia obiettivamente pre-stabilito, al momento della stipulazione del contratto, e non risulti, dal testo del contratto medesimo o da elemento extracontrattuali della cui allegazione è onerato chi invoca la nullità della clausola, che le parti abbiano in realtà perseguito surrettiziamente lo scopo di neutralizzare gli effetti della svalutazione monetaria, eludendo i limiti quantitativi posti dall'art. 32 della legge 392/1978, così incorrendo nella sanzione di nullità prevista dal successivo articolo 79, primo comma della stessa legge. (Cfr. Cass. n. 15348/2017)*

E.L.C.

Tribunale di Genova, sez. II civ., ord. 22 gennaio 2019 - Giudice Unico D'Arrigo - A. (Avv. Beecroft) c. Ministero della Giustizia.

**PATROCINIO a spese dello Stato - tardiva presentazione della istanza di liquidazione degli onorari da parte del difensore - decadenza - esclusione.**

(Art. 702 bis c.p.c.; art. 83 D.P.R. n. 115/2002)

*In caso di tardiva presentazione dell'istanza di liquidazione il difensore non decade dal diritto al compenso, atteso che il comma 3 bis dell'art. 83, D.P.R. n. 115/2002 non individua alcuna decadenza per il soggetto interessato, ma solo uno sbarramento temporale della potestas decidendi del Giudice del procedimento. Le ipotesi di decadenza devono essere tipiche ed espresse; inoltre l'ammissione al gratuito patrocinio determina l'insorgenza di un rapporto che si instaura direttamente tra il difensore e lo Stato e il diritto di credito che nasce da questo rapporto e sottoposto a prescrizione ma non a decadenza. Pertanto la norma in parola individua il momento ultimo entro il quale il giudice del procedimento può decidere sull'istanza di liquidazione: superato tale momento, il giudice del procedimento perde la potestas decidendi sull'istanza di liquidazione. Non determinando la disposizione in esame alcuna decadenza, il difensore della parte ammessa al patrocinio potrà ricorrere agli strumenti di tutela ordinari e generali, ossia il ricorso per decreto ingiuntivo o l'instaurazione di giudizio ordinario.*

F.A.D.

I

Tribunale di Chiavari, 28 febbraio 2012, n. 153 - Giudice Unico Grasso - E. (Avv. Uccelli) c. S. (Avv.ti Mallucci e Spinelli) e c. M. (Avv. Polidorou).

**PROCEDIMENTO civile - compensazione spese - ragioni di equità e opportunità.**

*La compensazione delle spese di causa, tra tutte le parti del giudizio, può essere resa equa e opportuna dalla natura della controversia e dai motivi della decisione.*

II

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 12 gennaio 2017, n. 146 - Pres. Maistrello - E. (Avv.ti Furlanetto e Montobbio) c. S. (Avv.ti Mallucci e Spinelli) e c. M.R. (Avv.ti Polidorou e Ditta).

**PROCEDIMENTO civile - compensazione spese - ragioni gravi ed eccezionali.**

*L'art. 92 c.p.c., nella formulazione applicabile ratione temporis alla fattispecie, prevedeva che la compensazione delle spese potesse essere disposta, oltre che nel caso di soccombenza reciproca (che per certo non ricorre nel caso di specie), ove concorressero altre gravi ed eccezionali ragioni esplicitamente indicate nella motivazione. L'impugnata decisione, che contiene sul punto un generico riferimento a ragioni di equità ed opportunità, non soddisfa il requisito di specificità richiesto dalla norma.*

J.MLN.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 11 aprile 2018 - Giudice Unico Spera - B. (Avv. Tiby) c. Comune di Genova (Avv. Bracuto).

**PROCEDIMENTO civile - appello - dichiarazione di improcedibilità del ricorso avverso sanzione amministrativa da parte del giudice di pace - rimessione al giudice di primo grado - esclusione.**

(Artt. 353 e 354 c.p.c.)

**SANZIONE amministrativa - violazione dell'art. 94 comma 4-bis Cds - chiamato all'eredità - avente causa del de cuius - esclusione.**

(Art. 94 comma 4-bis Cds)

*Non rientra tra le ipotesi di rimessione, previste tassativamente dal codice di procedura civile agli artt. 353 e 354 CPC, il caso in cui il giudice di primo grado dichiara improcedibile un ricorso avverso un verbale di contestazione sull'errato presupposto che detto verbale fosse già stato opposto al Prefetto (Cfr. Cass. 26.04.2010, n. 9917; Cass. 29.01.2010, n. 2053)*

*La posizione di chiamato all'eredità non è di per sé sufficiente a integrare i presupposti di fatto richiesti dall'art. 94 comma 4bis Cds. Pertanto, in mancanza di accettazione dell'eredità o in assenza della prova della disponibilità del veicolo per un periodo superiore a 30 giorni, il verbale di contestazione va annullato (nella specie, a seguito del ritrovamento di un motoveicolo intestato al marito defunto, la Polizia municipale aveva notificato il verbale alla moglie, benché quest'ultima non avesse accettato l'eredità, né fosse nel possesso del bene).*

A.B.

Tribunale di Savona, 4 luglio 2017, Giudice Unico Princiotta - T. (Avv. Colombo) c. Regione Liguria (Avv. Cocconi).

**RESPONSABILITÀ civile - animali selvatici - circolazione stradale - Regione - responsabilità per incidenti stradali - esclusione.**

(Artt. 2043 e 2052 c.c.)

*Il danno cagionato dalla fauna selvatica ai veicoli in circolazione non è risarcibile in base alla presunzione stabilita dall'art. 2052 c.c., inapplicabile per la natura stessa degli animali selvatici, ma solo alla stregua dei principi generali sanciti dall'art. 2043, anche in tema di onere della prova, e perciò richiede l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico (domanda proposta nei confronti della Regione per il risarcimento dei danni conseguenti alla collisione tra una vettura e un cinghiale), non essendo emerse prove dell'addebitabilità del sinistro a comportamenti imputabili alla Regione o all'Anas, non potendo costituire oggetto di obbligo giuridico per entrambe la recinzione di tutte le strade e la segnalazione generalizzata di tutti i perimetri boschivi.*

A.B.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 15 marzo 2018, n. 771 - Giudice Unico Canepa - L. (Avv. Gotti) c. U. (Avv. Piana) e c. Comune (Avv. Cocconi) e c. Assicurazione (Avv. Giorgini).

**RESPONSABILITÀ civile - cose in custodia - responsabilità in capo alla P.A. - natura oggettiva della responsabilità - concorso causale del comportamento del danneggiato - caso fortuito - onere della prova - esclusione nel caso di specie.**

(Art. 2051 c.c.)

*La responsabilità per danni cagionati da cosa in custodia opera anche per la P.A. in relazione ai beni demaniali, con riguardo alla causa concreta del danno, rimanendo l'amministrazione liberata dalla suddetta responsabilità ove dimostri che l'evento sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, non conoscibili né eliminabili neppure con la più diligente attività di manutenzione e quindi qualificabili quali caso fortuito.*

*L'art. 2051 c.c. stabilendo che "ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito" contempla un criterio di imputazione della responsabilità che, per quanto oggettiva, in relazione al profilo attinente alla condotta del cu-*

*stode, è comunque volto a sollecitare chi ha il potere di intervenire sulla cosa all'adozione di precauzioni tali da evitare che siano arrecati danni a terzi e, d'altra parte, a tale potere/dovere fa comunque e sempre riscontro un dovere di cautela da parte di chi entra in contatto con la cosa. Quando il comportamento del soggetto che interagisce con la cosa è apprezzabile come incauto, occorre allora stabilire se il danno è stato cagionato dalla cosa o dal comportamento della stessa vittima o se vi è stato un concorso causale tra i due fattori. Se il contatto con la cosa provoca un danno per l'abnorme comportamento del danneggiato, in tal caso difetta il presupposto della presunzione di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., atteggiandosi dunque come mera occasione e non come causa del danno. (Nel caso di specie il Giudice adito ha rigettato la domanda di risarcimento del danno di parte attrice - insegnante di un centro culturale - a seguito della caduta occorsa per aver inciampato in alcuni cavi elettrici presenti sulla pedana laddove aveva tenuto la sua lezione, perfettamente visibili e della cui presenza il danneggiato era a conoscenza. Dette circostanze hanno fatto ritenere il comportamento del danneggiante come "distratto" e dunque da ritenersi quale fattore estraneo ed imprevedibile, esclusivo ed eccezionale tanto da configurare il cd "caso fortuito" interruttivo del nesso causalità ex art. 1227 c.c.).*

M.COS.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 16 febbraio 2019, n. 521 - Giudice Unico Gibelli - M. (Avv. Zanoni) c. S. (contumace) e c. Generali Italia s.p.a. (Avv. Poggi).

**RESPONSABILITÀ civile - sinistro stradale - veicoli coinvolti - mancata collisione diretta - presunzione di pari responsabilità - applicazione estensiva - ammissibilità - limiti.**

(Art. 2054 c.c.)

*La presunzione di pari responsabilità nella causazione di un sinistro stradale, prevista dall'art. 2054 c.c. è applicabile solo qualora tra i veicoli coinvolti vi sia stato un urto. Tuttavia anche quando manchi la collisione diretta tra i veicoli è consentito applicare estensivamente detta norma al fine di graduare il concorso di colpa tra i vari responsabili, sempre che sia accertato in concreto il nesso di causalità tra la guida del veicolo non coinvolto e lo scontro.*

F.AD.

Tribunale di Genova, ord. 3 agosto 2019 - Pres. Mazza Galanti - Rel. Lorenza Calcagno - S.I.C.A. Spa c. R.F.I. Spa.

**SOCIETÀ - procedimento cautelare - requisiti - periculum in mora - attualità della situazione di pericolo - efficacia della delibera - necessità.**

(Artt. 669sexies e 700 c.p.c.)

*Nell'ambito dei procedimenti cautelari il fumus boni iuris ed il periculum in mora sono elementi che identificano la domanda. In particolare quest'ultimo rappresenta l'interesse ad agire davanti al giudice della cautela e nel contempo individua una componente essenziale dell'oggetto dell'attività decisoria giudiziale. L'imminenza della situazione di pericolo che si vuole scongiurare implica che l'evento dannoso paventato non sia di remota possibilità e che incomba con vicina probabilità l'attivazione - individuata attraverso segni univoci - dell'iter che conduce alla realizzazione dell'evento. Ne consegue che in difetto di efficacia della delibera societaria - la cui "attivazione" sarebbe condizionata ad alcune condotte - oggetto della imbitoria - obiettivamente non realizzabili - viene meno la sussistenza del periculum in mora con conseguente reiezione della domanda cautelare.*

E.CER.

# Documenti

## *La storicizzazione del diritto contrattuale.*

**Massimo Brutti**

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

**Sommario:** 1. *Problemi aperti.* - 2. *Dottrine sui contratti.* - 3. *Leggere il Codice in prospettiva storica.* - 4. *Ancora sulla storicizzazione.* - 5. *Costituzione, Codice, normazione europea.* - 6. *Principi subordinati alle disposizioni vigenti e principi-guida.*

### 1. Problemi aperti.

Le mie riflessioni avranno ad oggetto alcuni profili del discorso teorico sui contratti, centrale negli studi di Guido Alpa. Assumo come punto di partenza un suo libro recente, pubblicato nel 2014, dal titolo *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*. Si intrecciano in esso vicende italiane ed europee. Metterò in luce la storicizzazione delle categorie civilistiche, che costituisce l'impianto di questa ricerca e che è anche il terreno sul quale si svolge il mio dialogo con l'autore (1). Propongo una lettura naturalmente parziale, dal mio punto di vista, dando rilievo ad aspetti del suo lavoro che sono più vicini alle mie prospettive di indagine sulla storia del diritto privato.

Anzitutto, una domanda. Quali sono e su quali basi si costituiscono le immagini del contratto nelle dottrine e nelle giurisprudenze a noi contemporanee? Il libro del 2014 risponde a questo interrogativo attraverso un paziente esame diacronico, che è - ne sono convinto - la via giusta, soprattutto se ci si scrolla di dosso, come riesce a fare l'autore, l'ipoteca della continuità.

Dopo aver richiamato i precedenti e le linee di svolgimento della ricerca, tratterò più da vicino due nodi problematici, che emergono da vari scritti di Alpa e che mi paiono cruciali nella scienza italiana del diritto privato durante gli ultimi decenni. Da un lato, il rapporto tra Costituzione, Codice civile e normazione europea, con riferimento al diritto contrattuale. In secondo luogo, un tema che si collega al primo e che ha una portata assai ampia: la formazione, il ruolo, la relatività dei principi. Concluderò con una notazione finale intorno ai significati (almeno due nettamente distinti) di questa figura normativa.

### 2. Dottrine sui contratti.

Nel libro del 2014 si intrecciano molteplici e diversi fili conduttori, che non è facile dipanare e di cui esaminerò solo i tratti che mi paiono salienti. La narrazione è unitaria. Tiene conto di una sterminata letteratura ed è aperta al confronto con punti di vista esterni alla mera descrizione del dato giuridico, quindi utili ad una "interpretazione realistica", capace di guardare ai comportamenti, come contenuto e terreno di verifica dei concetti.

La ricerca muove da una ricognizione delle dottrine giuridiche. Alpa propone anzitutto una sintetica rilettura di tre grandi opere precedenti, rivelatrici, per varie ragioni, degli orientamenti che hanno segnato la civilistica italiana nel secolo scorso. È un breve *excursus*, che anticipa un nucleo problematico più volte emergente: la cesura nel modo di

rappresentare le discipline contrattuali, durante gli ultimi decenni del Novecento, specchio a sua volta di un mutamento più generale nella scienza italiana.

A proposito dei due tomi dal titolo *Il contratto in genere* di Francesco Messineo, pubblicato nel 1968, Alpa mette in luce la visione sistematica, di origine pandettistica, che l'autore aveva svolto e fissato nel corso degli anni, a partire dal lontano 1915 (2). Il libro del '68 ha alle spalle la *Dottrina generale del contratto*, pubblicata nel 1944, ove traspare l'impostazione liberale che aveva accompagnato la sua formazione scientifica (3). È chiaro il suo interesse verso gli aspetti storici del fenomeno contrattuale. Ciò deriva dall'idea di sviluppo (*Entwicklung*) degli istituti - su cui la scuola storica tedesca e la pandettistica avevano costruito le proprie concettualizzazioni. La nozione di istituto indica un insieme determinato di regole e di rapporti regolati, che figura come una componente del sistema (4). La trama logica ha sempre un carattere sovrastorico; i mutamenti sono tutti all'interno di essa.

Nel libro di Messineo del 1968, come osserva Alpa, l'impianto sistematico è ben fermo e si traduce in un'organizzazione concettuale rigorosamente classificatoria, che è ancora l'emblema di una fedeltà agli insegnamenti del tardo Ottocento.

All'origine di quegli insegnamenti, imperniati sul giusindividualismo, si può ricordare l'opera di un maestro, Vittorio Scialoja, che ha introdotto in Italia una lettura rigorosa e filologicamente corretta di Savigny e dei pandettisti. Come nell'opera di Messineo, tracce rilevanti della visione pandettistica si trovano in vari scritti del secondo dopoguerra: penso, per esempio, al libro di Giuseppe Stolfi sul negozio giuridico, a Domenico Rubino (5), a Giuseppe Mirabelli (6).

Nella stessa direzione si muove il volume sul negozio giuridico di Luigi Cariota Ferrara (7).

Il secondo autore citato da Alpa è Franco Carresi. L'opera è *Il contratto*: due volumi apparsi nel 1987 (8). Alpa individua un elemento caratteristico nell'ordine di esposizione seguito dall'autore. Questi infatti si occupa della trattativa e della conclusione dell'accordo, momenti cruciali dell'esperienza concreta, soltanto dopo aver analizzato la disciplina dell'istituto. L'insieme dei dati empirici dà luogo alle così dette "vicende del contratto"; la costruzione concettuale viene prima. Siamo di fronte ad un limpido esempio di elaborazione dogmatica, intesa nel senso classico, come *a priori* rispetto alla realtà da disciplinare.

Carresi ripropone un modello tradizionale, in un contesto culturale che già da tempo lo ha messo in discussione. Vorrei sottolineare che storicamente, la dogmatica, costruita come un "sopramondo" rispetto al concreto manifestarsi del diritto - così l'ha rappresentata Enrico Paresce - nasce con i sistemi ottocenteschi (9). Di origine ottocentesca è anche la concezione della logica giuridica che Emilio Betti ha elaborato a partire dagli anni 20 del Novecento, ponendo in primo piano proprio la "dogmatica odierna", vista come risultante dalla tradizione e perciò in grado di descriverla e spiegarla. Pur non condividendo il giusindividualismo della pandettistica, Betti fa proprio, con una forte consequenzialità, il pensare sistematico e quindi il quadro epistemologico che era stato di gran lunga egemone nella scienza tedesca. È un modello di scienza che egli condivide con i giuristi liberali, anche se i contenuti, i valori di riferimento sono diversi (10).

La rottura con questo assetto teorico, nel quale i concetti re-

lativi alla materia contrattuale si compongono in una tassonomia giuridica autosufficiente ed indipendente dalle prassi, trova un'espressione teorica compiuta nella terza opera che Alpa esamina nel capitolo introduttivo. Si tratta del libro di Francesco Galgano *Il negozio giuridico*, del 1987, contemporaneo a quello di Carresi, ma con un approccio molto diverso: uno studio in larga misura incentrato sulla critica radicale del procedere dogmatico e sulla storicizzazione delle nozioni di contratto e negozio. È il punto conclusivo di ricerche animate dalla critica delle astrazioni tradizionali.

"... Galgano ricostruisce la categoria del negozio come una figura che si frammenta in tante operazioni che hanno a loro volta altrettanti statuti giuridici diversi: dal contratto alla promessa unilaterale, ai titoli di credito, alle deliberazioni assembleari e così via. Il contratto, visto nella sua dimensione poliedrica, adattata alle mutevoli esigenze economiche e sociali, conserva la sua funzione originaria di strumento di libertà ma diviene anche strumento di perequazione: perfino nel commercio internazionale, ove la *lex mercatoria* ... si deve ispirare a criteri di equità, tenendo conto della posizione giuridica ed economica delle parti, delle circostanze alle quali esse sono esposte, dei principi di buona fede e affidamento, e quindi deve ispirare il comportamento onesto e corretto degli operatori ..." (11).

La messa in discussione delle astrazioni di derivazione pandettistica e del formale uguagliamento di situazioni diverse apre la strada ad una valutazione differenziata dei fenomeni a cui le astrazioni si riferiscono, con interventi più o meno penetranti che l'ordinamento attua sugli atti di disposizione dei privati (come nelle ipotesi definite di "riequilibrio" o di "integrazione", ove può vedersi qualcosa di simile ad un governo dei contratti) (12).

### 3. Leggere il Codice in prospettiva storica.

La destrutturazione del dogma negoziale, che Galgano porta a termine nel 1987, ha alle spalle dibattiti e contributi innovativi che già da due decenni avevano cambiato il volto della cultura giuridica italiana (13). | Alpa rievoca più di una volta nel suo libro la frattura (io direi il "taglio epistemologico") che ha segnato la generazione di civilisti anteriore alla sua. Spiccano in particolare le pagine dedicate al lavoro teorico di Stefano Rodotà, dagli anni 60 in avanti. Esso propone un uso delle prospettive realistiche (e della connessione tra diritto, fenomeni sociali, indirizzi politici) entro l'analisi giuridica e per la costruzione di modelli interpretativi (14).

Rodotà è stato uno dei protagonisti più rigorosi e certamente il più combattivo nella rigenerazione della civilistica italiana. La scoperta di nuovi principi e metodi, che Alpa descrive, lega strettamente motivi scientifici e motivi di politica del diritto. Il legame è possibile, e diviene più stringente con l'emergere di un'apertura culturale nuova dei giuristi, oltre il formalismo di matrice pandettistica ed oltre la "fallacia dell'architettura kelseniana" (15). È l'espressione che usa con riferimento alla complessità inedita delle fonti dal secondo dopoguerra ad oggi.

In questo quadro, acquista un ruolo preminente la Costituzione della Repubblica: non è solo un insieme di regole sulla produzione normativa, sui diritti verso lo Stato, ma è fonte di norme e valori che intervengono direttamente nella regolazione di rapporti intersoggettivi.

Una nuova civilistica si forma durante la stagione del "disgelo costituzionale". Vi è, dopo la chiusura retrograda degli anni 50, una svolta scientifica e giurisprudenziale, che prende sul serio ed attua la Costituzione e che è l'effetto di un mutamento dei rapporti di forza nella società italiana. Acquistano un peso maggiore sulla scena politica le domande e gli interessi delle classi popolari. Sul terreno della scienza giuridica,

la fattispecie contrattuale, com'era stata disegnata dal giusindividualismo, con la lineare connessione logica tra la manifestazione del volere libero e le conseguenze giuridiche che l'ordinamento vi ricollega (registrando la sovranità del volere), cede il passo ad una centralità nuova dell'ordinamento. Ripercorrendo le linee del libro di Rodotà *Le fonti di integrazione del contratto*, pubblicato nel 1969 (16), così Alpa disegna il cambio di prospettiva:

"... in un contesto culturale nel quale si tende ad enfatizzare la nozione di contratto sotto l'aspetto negoziale e volitivo, quasi che tutti gli effetti si conchiudessero nell'atto privato concluso dalle parti [... ecco l'eredità del giusindividualismo ...], Rodotà sottolinea la rilevanza delle disposizioni del codice che consentono di integrare la determinazione privata (la legge, gli usi, l'equità) o addirittura di modificare ciò che le parti hanno voluto, quando lo richieda l'interesse pubblico, come avviene con la sostituzione automatica di clausole. C'è quindi uno scontro tra la volontà e il suo precipitato rilevante per l'ordinamento. Rodotà coerentemente precisa che l'integrazione non opera solo in caso di lacune del contratto, ma indipendentemente da questa eventualità" (17).

Il termine scontro indica il rilievo che la nuova visione assume, la sua potenzialità conflittuale. Con riferimento alla prassi interpretativa, la critica della dogmatica e la ricerca di un rapporto nuovo tra il piano normativo e quello empirico si esprimono in primo luogo attraverso il valore che si attribuisce alle clausole generali (18). Anche su questo terreno teorico Rodotà gioca un ruolo di protagonista. Alpa lo ha messo in luce in uno scritto recentissimo, richiamando la trasformazione della disciplina privatistica determinata dall'impatto delle nozioni giuridiche aperte, che l'interprete riempie di contenuti: sono questi i "termini nuovi che consentono all'ordinamento di mettersi al passo con il mutamento sociale" (19).

Già i codificatori del 1942 assegnavano un significativo rilievo alle clausole generali: nozioni dai connotati fluidi, che evocano valori storicamente esposti al mutamento. La consapevolezza della necessità di lasciare spazi aperti nell'ordinamento è in potenziale contrasto con l'assolutezza della dogmatica. L'aspetto di maggiore forza innovativa, nel discorso di Rodotà, è nell'interpretazione delle clausole generali condotta alla luce del dettato costituzionale. Un punto di vista che ispira molte delle pagine di Alpa, su cui tornerò tra poco.

Guido ha studiato a Genova, è allievo di Rodotà ed ha seguito le sue orme scientifiche, ricollegandosi alla scuola di Rosario Nicolò. Ora osserva che quella scuola era stata, intorno alla metà del secolo, al centro della crisi del diritto civile tradizionale (20). La messa in discussione dei dogmi e del pensare sistematico, in nome di una nuova visione, ove spicca l'attenzione alla storia esterna e all'incidenza della svolta costituzionale sul diritto civile, costituisce - mi sembra - la piattaforma, la struttura di pensiero su cui si regge la trattazione di Alpa.

Se questi sono i presupposti, allora il contratto, non più circoscritto entro una combinazione di dogmi soggetti ad uno sviluppo endogeno, come si inquadra, come dev'essere studiato? La risposta di Alpa mette al centro il Codice civile del 1942, le norme sui "contratti in generale" ed insieme le modifiche, le integrazioni, i nuovi scenari applicativi. Il discorso sul contratto è anzitutto un discorso sul Codice italiano vigente, analizzato nella sua composizione, nel rapporto con i codici europei precedenti (il passato che lascia le sue orme) ed insieme studiato in stretta connessione con le innovazioni normative e con quelle giurisprudenziali intervenute su di esso. Così Alpa giunge - mi sembra - ad una visione dell'impianto codicistico nella sua dinamicità: norme che si ispirano in parte a modelli anteriori e la cui effettiva applicazione cambia, quanto più si supera lo statico formalismo dei dogmi e diviene operante l'interpretazione costituzionalmente orientata.

Ebbene, questa dinamicità non può essere intesa se non avvicinandosi alle regole e agli schemi del contratto con un approccio storico. Ciò vale in primo luogo per il rapporto con il passato e per l'eredità che questo lascia. Le discipline contemporanee del contratto non si intendono se non si vede il collegamento con le vicende giuridiche dell'Europa continentale tra Ottocento e Novecento, se non si ripercorrono le somiglianze e le cesure. La via allo studio del contratto scelta da Alpa consiste nel considerare il testo del Codice - egli scrive - "in prospettiva storica, come un 'precipitato' delle precedenti codificazioni" (21). La lettura delle fonti romanistiche (ovviamente ripensate, secondo una discontinua genealogia) e la formazione di concetti fondamentali assunti come costanti nel tempo dominano l'orizzonte teorico delle codificazioni ed operano fino a metà Novecento. Si tratta di schemi concettuali stabilmente riferiti alla materia dei contratti.

Anch'essi subiscono adattamenti ed innovazioni. Un esempio (di cui recentemente mi sono occupato e che mi pare in linea con il disegno tracciato da Alpa) può essere quello della nozione di comune intenzione delle parti nelle regole sull'interpretazione dei contratti. È un concetto che viene costruito sullo schema romano della *conventio* da Domat; passa a Pothier e poi al *Code civil* del 1804, con regole puntualmente ricalcate nel Codice italiano del 1865, fino alla nostra codificazione più recente, del 1942. In quest'ultima lo schema ricavato dalla tradizione viene diversamente definito, per effetto di una innovazione introdotta nel secondo comma dell'articolo 1362: "Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto". La valutazione dà più spazio all'interprete e non sembra subordinata ad un'affermazione dell'autosufficienza del testo, purché letteralmente non ambiguo (22). Il confronto con i codici precedenti è qui strettamente funzionale all'esegesi della disposizione, che apre uno spazio all'esame del contesto situazionale entro cui viene fissato il contenuto del contratto (23).

Allo stesso modo, già in un saggio del 1973, e poi in altri scritti, anche recenti, egli sottrae la nozione di buona fede, intesa in senso oggettivo, attraverso cui si interviene per integrare e correggere il contratto (articolo 1366 c.c.), a qualsiasi ipotesi di sussidiarietà (24) rispetto alla mera decifrazione del testo, quale immediato portatore di un'intenzione comune (25). È un concetto a contenuti variabili: una "clausola generale" (un segmento, una formula linguistica, che si ritrova in più enunciati prescrittivi del Codice) di cui l'interprete fissa la portata concreta nelle prassi contrattuali.

In tutti gli studi di Alpa su contratti ed interpretazione prevale l'attenzione alle modalità di svolgimento della giurisprudenza (26). Il che costituisce un antidoto alla visione astratta dei canoni.

Segnalo, in una rassegna di decisioni della Cassazione, il rilievo attribuito ad un caso controverso, di cui l'autore analizza gli esiti giudiziari (27). Si tratta di un contratto di mediazione. Una clausola escludeva il diritto del mediatore al compenso, se - scaduto l'incarico - la vendita per cui egli era intervenuto non si fosse realizzata. Ma nella situazione concreta, che ha dato luogo al giudizio, la mancata attuazione della vendita è ascrivibile esclusivamente alla determinazione delle parti, mentre l'attività del mediatore si è svolta, finché egli ha potuto, in modo coerentemente rispondente all'incarico. Infatti, grazie al suo intervento, le parti hanno concluso un preliminare di vendita. Poi non hanno voluto il contratto traslativo. Alla luce di questi dati fattuali, i giudici di legittimità esercitano il proprio sindacato sul procedimento interpretativo, cassando la sentenza di appello sfavorevole al mediatore, e ritengono che la clausola controversa debba interpretarsi secondo buona fede, sicché il compenso sia corrisposto.

Dal caso l'autore trae una definizione della buona fede "come autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale". Descrive l'operatività di tale dovere. Nell'ambito contrattuale, esso "implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione".

È chiaro il rapporto tra il dovere di buona fede e i comportamenti relativi alla conclusione ed all'esecuzione del contratto. Nel porre in essere questi comportamenti le parti sono tenute a rispettare obblighi riconducibili - e ricondotti dall'interprete - allo schema generale della buona fede. Mi sembra invece che sia diverso il rapporto fra dovere ed interpretazione alla luce dell'art. 1366 c.c. Rimanendo entro l'impostazione segnata da Alpa, credo che l'art. 1366 debba essere inteso nel senso di attribuire all'interprete un vincolo ad intervenire sulle clausole contrattuali e sulla loro esecuzione, per riportarle entro l'ambito di condotte conformi alla buona fede. Quindi, con operazioni ermeneutiche che aggiungono, che integrano il testo prodotto dall'accordo. Emerge da esse un impulso più generale: una "mutata o mutabile concezione del contratto che da 'affare privato' diviene regolamento assoggettato effettivamente a controlli, integrazioni, modificazioni" (28).

#### 4. Ancora sulla storicizzazione.

L'indagine sul passato e sulle tracce che esso lascia nella successione delle epoche abitua il giurista a vedere i mutamenti più vicini nel tempo, fino a ciò che egli considera presente. Così il metodo storico di indagine è riferito da Alpa non solo alla tradizione (dottrinale e normativa) da cui muovono i codificatori, ma anche agli accadimenti successivi al Codice: vale a dire a quello che egli chiama "il modello italiano, dal 1942 al nuovo millennio". Traspare da queste parole l'immagine di una perdurante forza dell'impianto codificatorio, su cui si innestano i mutamenti, senza che ciò significhi destrutturazione, come si vede nelle norme generali sui contratti. Per la messa a fuoco di ciò che permane intatto e delle metamorfosi post-1942, egli ricorre più volte ad analisi di tipo comparativo. La sua convinzione è che il civilista oggi non possa non essere, in maggiore o minor misura a seconda dei temi, un comparativista.

È opportuno su questo punto rammentare le ricerche di Gino Gorla, autore più volte richiamato da Alpa. Secondo Gorla, lo studio comparativo e lo studio storico devono scartare ogni *a priori* dogmatico, per convergere nel metodo, fino a coincidere (29). Tra l'altro, muovendosi in questa prospettiva, Gorla tendeva ad avvicinare la formazione del *common law*, attraverso il ruolo svolto dai *civilians*, alla tradizione europeo-continentale (30). Metteva in evidenza così vicende storiche (e, per usare una rischiosa metafora, radici) comuni alle esperienze occidentali; ed è questo un nodo problematico che ricorre anche nelle pagine di Alpa.

Quindi, il trattato di cui discutiamo può ricondursi ad una sorta di periodizzazione, una *summa divisio*: prima e dopo il codice del 1942.

Il racconto storico prende le mosse dai modelli francesi. L'individualismo del *Code civil* ha alle spalle l'idea del primato della volontà, che si esprime nel contratto (idea presente in Pothier) e che diviene legge per le parti. Prima ancora, il carattere metastorico del diritto privato, che è l'illusione ideologica comune a tutta la modernità, era già chiaramente affermato nelle "leggi immutabili" di cui parlava Domat: una oggettivazione delle regole che governano azioni ed utilità dei singoli. Regole costruite dalla scienza attraverso la rielaborazione (secondo un ordine che si pretende naturale) dei materiali normativi tratti dalla compilazione giustiniana. La volontà, la natura e - possiamo dire conseguentemente - l'in-

dipendenza del diritto privato dalla politica sono i tratti ideologici comuni alle codificazioni.

Seguendo l'analisi che Alpa delinea degli svolgimenti del pensiero giuridico europeo nell'Ottocento, è forte l'impressione che tra il giusindividualismo francese e quello tedesco vi sia per un tratto di tempo una convergenza e poi un distacco. Lo si vede in particolare nelle teorie che esaltano il momento volitivo e l'autonomia dei soggetti nel diritto contrattuale.

Credo al riguardo che il vero punto di novità della pandettistica nel campo contrattuale sia costituito dal principio dell'affidamento (nozione dottrinale ricavata induttivamente, sintesi di regole che tutelano la certezza dei rapporti contrattuali), su cui Alpa si sofferma in due luoghi diversi (31).

Come egli sottolinea, questo principio non poteva albergare nel Codice di Napoleone, poiché incorpora un'idea diversa rispetto al mero volontarismo. La tutela dell'affidamento consiste infatti nel temperamento tra due elementi propri della prassi contrattuale, non ravvisabili nelle dichiarazioni unilaterali: da un lato l'intento voluto ed espresso e dall'altro la reazione del destinatario della dichiarazione. Questi propriamente si affida alla dichiarazione. E nella comune intenzione - ecco ancora il modello della *conventio* ripensato dai pandettisti - l'affidamento è reciproco (32), secondo il senso obiettivo delle dichiarazioni. Si tratta di una novità pienamente accolta nel nostro Codice.

Inoltre, Alpa descrive bene l'intreccio, nel tardo Ottocento italiano, fra le dottrine francesi, di cui il Codice del 1865 è espressione, e i modelli tedeschi usati per organizzare la conoscenza e l'interpretazione di quel Codice. Al centro della recezione della pandettistica è, come ho già accennato, Scialoja. Anche nella sua opera può constatarsi un mutamento significativo. Infatti, dopo essere stato fautore dei modelli tedeschi, il maestro italiano ripropone, durante gli anni del primo dopoguerra, un rapporto privilegiato tra la scienza giuridica italiana e quella francese, individuando nella tematica delle obbligazioni e dei contratti il terreno comune su cui costruire una prima parziale unificazione del diritto civile dei due paesi. Proprio Alpa - va ricordato - in collaborazione con Giovanni Chiodi, ha avuto il merito di riscoprire e studiare nuovamente quel progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, prodotto da una collaborazione internazionale tra giuristi ed ora ripensato come un precedente delle tendenze armonizzatrici nel diritto privato europeo. Il progetto, varato nel 1927, fu assunto come primo contributo per la revisione del Codice italiano allora vigente (quello del 1865) (33). In seguito, dopo vari dibattiti e confronti polemici, fu accantonato nella fase finale e decisiva della codificazione italiana, per iniziativa del guardasigilli Dino Grandi (34). Da queste indagini sul passato viene l'impulso più netto e motivato alla storicizzazione, che costituisce un'indicazione di lavoro feconda per la civilistica, se vuole misurarsi con i fatti, con la trafila dei concetti, con i trapianti normativi dall'una all'altra codificazione, con le novità derivanti dal mutare dei contesti. In fondo lo studio giuridico non può fare a meno della conoscenza storica, poiché esso riguarda esperienze che sono nella storia. E le memorie da cui muove, compresi gli archetipi del diritto romano usati nella modernità, non costituiscono un lascito pacifico, come talvolta si immagina. Ogni segmento di tradizione (mi pare che Alpa lo dimostri) è pluralistico al suo interno ed è attraversato da contrasti. Così, l'alternativa tra modelli francesi e tedeschi, tra gli anni 20 e gli anni 40 del Novecento, si innerva nel conflitto fascismo-liberalismo.

##### 5. Costituzione, Codice, normazione europea.

Voglio ora mettere in evidenza un ulteriore aspetto teorico nel libro del 2014. Come opera la storicizzazione nel racconto di Alpa relativo agli ultimi decenni del Novecento ed alle problematiche attuali?

Egli distingue e contrappone due tendenze in reciproco contrasto: la costituzionalizzazione del contratto ed il controllo degli atti di autonomia privata secondo i valori costituzionali. Sono due vie teoriche che segnano profondamente ancora oggi il dibattito scientifico e l'esperienza dei contratti.

La prima tendenza mira a fondamentalizzare la libertà contrattuale: vale a dire il dominio del mercato. Essa è in contrasto con l'impianto costituzionale. La seconda - considerato che la libertà economica non è inclusa dalla Costituzione tra i diritti fondamentali - comporta da parte del giudice un'applicazione diretta delle regole della Costituzione al contratto; e questo "sia - riassume Alpa - utilizzando le clausole generali, sia qualificando il contratto come illegale (se in contrasto con la normativa costituzionale), sia utilizzando i parametri derivanti dalla legislazione comunitaria ove applicabili (in particolare il principio di proporzionalità e il principio di uguaglianza)" (35).

L'inciso "ove applicabili" evoca la possibilità di un innesto dei principi desumibili dalla normazione europea nel quadro dei valori costituzionali e nella loro azione sul diritto civile. Questa connessione può essere ricondotta al concetto di *Drittwirkung* (delineato dalla giurisprudenza tedesca alla fine degli anni 50), cui Alpa dedica alcune pagine (36). Esso significa letteralmente: efficacia delle norme costituzionali verso figure terze rispetto al rapporto duale individuo-Stato; quindi applicazione ai rapporti interindividuali. La ricaduta politica è la tutela dei diritti fondamentali, anche in contrasto con il mercato.

Infine il metodo della storicizzazione mi sembra operante ed utile ad una raffigurazione realistica di una serie di disposizioni speciali recenti, nel lungo capitolo dedicato da Alpa ai contratti dei consumatori e degli utenti.

È una normativa nuova, proveniente da disposizioni comunitarie che investono lo spazio giuridico europeo. Si innesta nel Codice civile; non lo sconvolge, pur introducendo previsioni di *status* e regole del tutto eterogenee rispetto alle categorie codicistiche. Essa viene studiata e posta a confronto con gli schemi concettuali impiegati dalla scienza di fine Novecento.

Si possono vedere in particolare le pagine dedicate al concetto di buona fede, già sopra richiamato, che ha un posto rilevante nell'articolo 33 del così detto Codice del consumo, in tema di clausole vessatorie. Vi è notoriamente un comico errore di traduzione. La clausola definita vessatoria dalla direttiva che il codice ricalca, in quanto è "contrary to requirement of good faith", diventa vessatoria "malgrado la buona fede" (37). Se mettiamo da parte il fraintendimento, resta il problema principale: vale a dire il rapporto tra il "significativo squilibrio" menzionato nel testo e lo schema della buona fede. Quest'ultimo, inteso in senso oggettivo, può comprendere in sé l'apprezzamento circa lo squilibrio a carico del consumatore dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Alpa rafforza la tesi (non del tutto accettata nella giurisprudenza) secondo cui la buona fede è qui proprio da intendersi in senso oggettivo. In proposito, traccia un breve *excursus* relativo agli usi storici del sintagma. Considera - a ragione - improponibile una continuità con lo schema romano della *bona fides*, nonostante l'identità lessicale (38), e mostra come il significato prevalente, dalla fine dell'Ottocento ad oggi, equivalga a quello di correttezza, molto vicino alla nozione inglese di *fairness* (39).

All'enunciazione dell'equivalenza Alpa fa seguire un'altra osservazione, che ci riporta ad un problema cui già ho accennato:

"... Possiamo registrare un *revival* della buona fede [nei contratti] agli inizi degli anni 70 del Novecento. Da questa data la clausola generale di buona fede - o il principio di buona fede - è servita per mitigare le pretese del creditore, per imporre obblighi collaterali alle parti, per misurare lo sforzo che si può pretendere dal debitore nell'esecuzione della prestazione ...".

La duttilità della clausola generale è una condizione necessaria e mi sembra che da un lato la storicizzazione della buona fede, dall'altro l'attribuzione ad essa di un significato nell'ambito dell'art. 33 del Codice di consumo non sfuggano al nesso con il principio di solidarietà, di cui all'articolo 2 della Costituzione: principio più volte evocato dai giuristi che hanno cercato di spezzare i vincoli della dogmatica tradizionale. La solidarietà sociale come principio cogente, attorno a cui si struttura il dover essere della buona fede. Ancora, in proposito, va ricordato il pensiero di Rodotà (40).

Questo richiamo è perfettamente coerente con l'impostazione di Alpa, con il suo ripensamento del Codice, con le aperture comparativistiche che segnano la sua ricerca (si veda l'unità concettuale ricavata dal confronto tra buona fede e *fairness*). Dunque, il principio di solidarietà dà un senso ed un compimento (nell'orizzonte della Costituzione) alle vicende concettuali e agli usi nuovi della buona fede, compreso quello specificamente legato alla tutela dei consumatori.

## 6. Principi subordinati alle disposizioni vigenti e principi-guida.

Il termine "principi" ha un'estrema varietà di impieghi nelle teorie del diritto e nei dettati giurisprudenziali (sia negli itinerari argomentativi sia nelle massime) (41). Ogni catalogo che fissi le linee di una "semantica dei principi" è necessariamente incompleto. Alpa lo ha rilevato più volte, fornendo una serie molto estesa di esempi, da cui risulta la relatività del concetto. La descrizione analitica, cui ha dedicato numerose pagine, è un'utilissima base per i ragionamenti da svolgere (42): non muove da una predefinizione, ma fa i conti con gli effettivi significati che la parola assume.

Tenendo conto delle molteplici formulazioni registrate dall'autore e della sintesi da lui proposta (43), mi sembra che debbano distinguersi due accezioni, di cui descrivo le linee essenziali.

Nella prima categoria di impieghi del termine sono compresi tutti i significati per cui i principi appaiono come risultato di un'attività interpretativa o teorica che concettualizza disposizioni già formulate (prese singolarmente o combinate assieme). Siamo di fronte in questi casi ad un'elaborazione scientifica, i cui prodotti sono più o meno distanti dalle prescrizioni che ne costituiscono l'oggetto: la generalità sarà allora il traguardo di un procedimento induttivo o di una sintesi elaborata muovendo dalla normazione. È qualcosa di simile alla nozione antica di *regula*, come viene definita in un notissimo frammento, risalente agli inizi del terzo secolo d.C. e che i compilatori giustiniani traggono dal giurista romano Paolo: *Regula est quae rem quae est breviter enarrat, non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*. Nell'idea di narrazione, già fissata due secoli prima da Sabino, è evidente il rinvio ad un dato giuridico che precede l'enunciato della scienza e risulta brevemente concentrato in essa (44).

Quando la distanza logica del principio dai referenti normativi su cui esso si fonda è più marcata, allora si può immaginare una scoperta: quasi l'esistenza di una prescrizione latente nell'ordinamento, che si fa emergere; ma questa è soltanto una metafora. Vi è in sostanza anche qui un procedimento induttivo: è più articolato ed è volto a colmare quelle che all'interprete appaiono come lacune nell'ordinamento.

Sia l'articolo 3 delle disposizioni preliminari al Codice del 1865, sia l'analogo articolo 12, relativo al nostro Codice, intendono in questo senso i principi generali, concepiti come norme non immediatamente aderenti a disposizioni legislative (45), e che tuttavia l'interprete fa discendere dal diritto vigente. Il giurista o il giudice arrivano alla loro definizione, lavorando su ciò che già esiste. Esse possono ricomprendere anche i brocardi, le massime provenienti dalla tradizione, di

cui l'interprete sostenga ed argomenti in modo attendibile l'inerenza al diritto entro cui opera o, secondo l'articolo 12, all'ordinamento giuridico dello Stato.

Gli esempi citati da Alpa riguardano da un lato i casi nei quali le disposizioni sono erette a principi (soprattutto nel linguaggio giurisprudenziale) (46), dall'altro la costruzione di enunciati normativi desunti da più disposizioni e collocati su un piano elevato di astrazione, che allarga fortemente la loro applicabilità.

A questo proposito, l'autore elenca una serie di possibili risultati del lavoro di sintesi sul diritto privato in materia di scambi economici. Cita:

"... *i*) il principio che tutela il possesso rispetto alla proprietà statica o inerte; *ii*) il principio che vieta l'indebito arricchimento; *iii*) il principio che impone il risarcimento del danno; *iv*) il principio che impone la responsabilità patrimoniale per i debiti contratti; *v*) il principio che considera vincolanti gli accordi delle parti; *vi*) il principio che considera gli accordi produttivi di effetti solo per le parti e non per i terzi; *vii*) il principio che privilegia la concorrenza rispetto al monopolio o all'oligopolio; *viii*) il principio di maggioranza per il funzionamento degli enti collettivi..." (47).

Accanto agli enunciati più o meno generali subordinati all'ordinamento esistente (indotti da esso) vi è una seconda e distinta categoria, quella dei principi-guida, che enunciano espressamente "i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte" (48). Ciò può avvenire anche nell'ambito della legislazione ordinaria: è il caso dell'attacco allo Statuto Albertino condotto, durante il fascismo, mediante le leggi, fino alle disposizioni antiebraiche del 1938: una sottrazione di diritti e l'inizio di una persecuzione (dagli esiti orrendi ed indicibili), il cui realizzarsi è stato avviato mediante enunciati legislativi. E si tratta di principi che divengono materialmente costitutivi del regime, nella sua ultima fase, portando con sé una ridefinizione del rapporto Stato-cittadini (49).

Diverso è il quadro che si crea più avanti nel tempo, dopo il 1945 e con gli enunciati di portata generale della Costituzione repubblicana. Diventano ora questi i principi-guida, portatori di una rottura con il passato, contro ogni svalutazione. Essi dettano indirizzi al legislatore e criteri per l'interpretazione (50). Ciascuno di loro esprime un valore: qualcosa di *aestimabile* (51), un'assiologia, vale a dire la raffigurazione sintetica di scopi degni di essere perseguiti.

Alpa si mantiene fedele alla convinzione che l'interprete debba subordinare ogni dato normativo all'assiologia costituzionale, anche se mette in luce la tendenza nelle prassi contemporanee a distaccarsi da quei principi-guida, ad eroderli (negandone il nocciolo ugualitario e solidaristico), per salvaguardare e sottrarre ad ogni limitazione la spontaneità dell'agire economico (52).

\*\*\*

Infine, un'ultima considerazione in tema di riordino del linguaggio.

Spesso nelle formulazioni dei giuristi ed in quelle dei giudici, principio e clausola generale si confondono: sembra che essi stabiliscano con la prassi un rapporto logicamente affine. Se le clausole generali costituiscono enunciazioni di un dover essere, la cui vaghezza consente l'assegnazione di significati diversi da parte degli interpreti, qual è la differenza rispetto ai principi?

Alpa sottolinea gli elementi di parentela. Denomina clausole generali i riferimenti presenti nel Codice alla correttezza e alla buona fede (artt. 1175, 1337, 1366, 1375) cui aggiunge - in via esemplificativa - il rinvio nell'articolo 1343 all'ordine pubblico e al buon costume; ed inoltre l'inserimento dell'equità

tra le fonti di integrazione del contratto. Si tratta di segmenti di discorso con finalità prescrittive, che utilizzano concetti indefiniti, destinati ad essere puntualizzati di volta in volta dal giudice. Ebbene, per tali segmenti prescrittivi è usata anche la parola principi. Leggiamo al riguardo:

“Il principio di correttezza unitamente al principio di buona fede ha legittimato la creazione di obblighi accessori al (o integrativi del) rapporto obbligatorio che ... sorgono in capo alle parti applicando l’art. 1175 c.c.”.

Ed ancora:

“... Il ricorso al principio di correttezza (art. 1175) ed alla regola di buona fede (art. 1337) ha la funzione di precisare il contenuto degli obblighi imposti alle parti; contenuto che prevede per un verso la necessità di comunicare alla controparte tutte le informazioni e gli avvisi idonei a chiarire il quadro delle circostanze che acquistano rilevanza per la conclusione del contratto (c. d. obblighi di avviso e di informazione e per l’altro la sussistenza di una giusta causa nel recesso delle trattative. La specificazione del contenuto dell’art. 1337 c.c. si risolve in questa ipotesi nell’isolare ‘criteri di giudizio solidali con quelli indotti da ciascuna delle altre norme nelle quali si esprime la clausola generale di buona fede’ (53). L’inosservanza di questi obblighi, se ha effetti pregiudizievoli ad una delle parti, è fonte di responsabilità per la parte che vi ha dato luogo e comporta il risarcimento dei danni cagionati ...” (54).

Le ragioni della fungibilità semantica, qui attestata, sono chiare. Si ritiene di poter denominare principi le disposizioni che adoperano nozioni indefinite, rinviando la loro traduzione concreta al giudice.

Credo che si dovrebbe riservare la denominazione principi ad enunciati prescrittivi a carattere generale ed autosufficienti (sia che contengano enunciati costruiti per induzione, sia che esprimano valori-guida). Invece, il termine clausole dovrebbe essere riferito a formulazioni incluse entro disposizioni di legge, o inerenti a gruppi di disposizioni e tali da far sì che il significato di queste (quindi la qualificazione dei comportamenti in base ad esse) muti a seconda delle scelte degli interpreti. Scelte storicamente condizionate, che intervengono, poiché le disposizioni lasciano aperto uno spazio, un varco; ed in questo entra ed opera la discrezionalità del giudice. Si pensi ancora alle nozioni già citate di buona fede e di correttezza. La loro peculiarità consiste nell’essere parte di regole riguardanti la disciplina dei contratti (buona fede) o quella dei comportamenti delle parti entro un rapporto obbligatorio (correttezza). Ma esse si definiscono dando luogo a direttive e criteri per la regolazione dei comportamenti, solo in quanto si adeguano a principi-guida (libertà, solidarietà, uguaglianza materiale), che sono fissati dal dettato costituzionale. Vi è una dualità ed insieme una connessione necessaria tra i due piani (55). Alpa ne è consapevole; direi anzi che le sue pagine consentono di mettere a fuoco la storicità di questa connessione e l’ancoraggio ai principi guida della Costituzione. Questi determinano mutamenti nell’interpretazione entro i casi concreti (56). Al tempo stesso, sottopongono le disposizioni codicistiche e legislative ad una forte tensione. Valorizzano le clausole generali, espandendone la portata ed indirizzandone l’elasticità: in particolare (è qui la tensione, la conflittualità) verso un modello alternativo al dominio senza limiti del mercato.

#### Note.

(1) G. Alpa, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già dir da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano 2014, p. 20 s.

(2) F. Messineo, *Teoria dell’errore ostativo. Saggio di diritto privato e di dottrina generale del diritto*, Roma 1915.

(3) F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1944, II ediz. 1946, III ediz. 1948; ID., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*

diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 1, Milano 1968. Messineo era stato tra i firmatari del *Manifesto degli intellettuali antifascisti* di Benedetto Croce.

(4) Cfr. F. C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 290 s., trad. it. di V. Scialoja, *Il sistema del diritto romano attuale*, I, Torino 1886, p. 9 ss., trad. it., 38 ss.: “... riconosciamo che tutti gli istituti giuridici sono collegati in un sistema e che solo nella grande coesione di questo sistema, nella quale si manifesta la loro stessa natura organica, possono essere pienamente compresi”.

(5) L’operazione culturale delineata da Stolfi consiste nell’abbozzare l’immagine di una tradizione omogenea alla base del liberalismo giuridico. Una continuità tra il Seicento e l’Ottocento tedesco: una concordanza profonda nella scienza del diritto privato. Vedi G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, rist. 1961, XI: “... giusnaturalisti e pandettisti vissero in uno dei periodi più fulgenti della storia del pensiero umano, mentre fioriva la religione della libertà che dominò il loro spirito e guidò le loro ricerche, stante la normale coincidenza delle dottrine giuridiche e delle idealità sociali e politiche di una stessa epoca. Perciò i primi si fecero assertori della onnipotenza della volontà individuale anche nel campo del diritto, specialmente come diga di sbarramento contro il prepotere del principe. Ed i secondi ripresero e svilupparono le dottrine dei giustiniani, che l’effetto giuridico degli atti umani dipende direttamente dalla volontà individuale, sicché finirono per creare un sistema di diritto privato fondato sulla libertà dei singoli, al centro del quale posero il negozio giuridico, concepito come il paradigma tipico della manifestazione di volontà da cui deriva la nascita o la modificazione o l’estinzione di un rapporto personale o patrimoniale”. Il richiamo alla “religione della libertà” evoca la filosofia di Benedetto Croce e l’opera storiografica che da essa trae alimento (cfr. in proposito B. Croce, *Storia d’Europa nel secolo decimonono*, I ed. Bari 1932, ora Milano, Adelphi, 1993, 11 ss.). Non mancherà di osservare questa derivazione E. Betti, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giurisprudenza italiana*, 1947, IV, col. 137 ss. L’articolo contiene una critica a Stolfi. Il punto di vista bettiano è diverso dalla visione individualistica e corrisponde al codice civile del 1942 ben più dell’interpretazione di Stolfi. Questi replica a Betti con il saggio *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giurisprudenza italiana*, 1948, IV, col. 41 ss. La stessa rivendicazione liberale è in D. Rubino, *Sui limiti dell’interpretazione dei contratti secondo buona fede*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, XXV, 2, 1947, p. 365 s., che denuncia l’inopportunità dell’articolo 1366 c.c., il suo paternalismo: l’idea di “uno Stato che si intromette e ficca il naso dappertutto, anche negli affari meramente privati ...”. Così si legge nella *Nota a Cassazione 2.4.1947*, n.103. Secondo la pronunzia, qui criticamente commentata, dall’articolo 1366 “non si ricava che alla buona fede si debba ricorrere soltanto quando vi sia incertezza sul contenuto delle clausole contrattuali: laddove l’interpretazione del contratto secondo buona fede è principio generale che vale sempre, per qualunque contratto e per qualsiasi clausola ...”. Le frasi essenziali di questa decisione sono citate anche da E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1949, p. 284 s. e nt. 33, con una valutazione opposta a quella di Rubino.

(6) G. Mirabelli, *Dei contratti in generale* in *Commentario del codice civile*, IV, 2, Torino 1958, p. 195 ss.

(7) L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1949, II ediz. s. d.

(8) F. Carresi, *Il contratto*, Milano 1987.

(9) Vedi E. Paresce, *La dogmatica giuridica* (voce in *Enciclopedia del dir.*, XIII, Milano 1964, p. 681 ss.), in ID., *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano 1975, p. 7 ss.

(10) Tutto il dibattito sul negozio giuridico e sulla causa presuppone un comune orizzonte caratterizzato dalla vocazione all’ipotesi logica; è una scienza che lavora con astrazioni indeterminate: quelle che trovano il loro modello nella “Parte generale” del BGB (che Betti avrebbe voluto anche nel Codice civile del 1942, con ciò perseguendo un distacco radicale dai modelli francesi, e che comunque influenza la letteratura dedicata al negozio o al contratto nel secondo dopoguerra). In proposito, ricordo che Alpa accenna alla possibilità di leggere la teoria bettiana anche al di fuori della “concezione funzionalistica ed autoritativa di causa”. Questa lettura sarebbe praticabile poiché in Betti “l’intento pratico delle parti è pur sempre salvato” (G. Alpa, *Il contratto in generale*, cit., p. 450 s.).

(11) G. Alpa, *Il contratto in generale*, cit., p. 5.

(12) Penso sia utilizzabile la nozione di “governo”, muovendo da una formula che Michel Foucault riferisce a Guillaume de La Perrière (tratta da *Le miroir politique*, opera composta probabilmente nel 1539): “Governo è la retta disposizione delle cose di cui ci si occupa per indirizzarle a un fine conveniente”. Su queste parole il filosofo francese fonda un’immagine di governamentalità che va oltre l’esercizio del potere statale e si traduce nel manifestarsi molecolare di poteri disparati. Vedi M. Foucault, *Securité, territoire, population. Cours*

au Collège de France 1977-1978, Paris 2004, trad. it., *Siurezza, territorio, popolazione*, Milano 2007, p. 77 ss. Possiamo parlare di una governamentalità giuridica, che si dispiega nell'interpretazione delle norme e nel disciplinamento delle situazioni controverse in base alle norme? Credo che questa concettualizzazione abbia un'utilità euristica, in particolare riguardo all'ermeneutica contrattuale, in quanto pone in primo piano interventi correttivi su ciò che appare voluto dalle parti. Alcune considerazioni molto chiare a proposito di simili interventi erano già in G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna 2012, p. 143 ss., spec. 146: "... Dottrina e giurisprudenza hanno ampliato i casi in cui si può procedere a un riequilibrio del contratto: ciò avviene non solo nelle fattispecie in cui l'equità sia espressamente richiamata dal testo normativo, ma in tutti quei casi in cui si possano applicare clausole generali che implicino una valutazione prudente delle circostanze, ovvero si richiami la natura dell'affare, ovvero ancora si ricorra alla correttezza, alla buona fede, alla presupposizione e alle altre tecniche consolidate". Tutti schemi finalizzati a quella che l'autore chiama "giustizia contrattuale" e il cui fondamento è nel Codice. Ma egli non collega l'idea di "governo" alla giustizia contrattuale. Quando parla di "governare il contratto" si riferisce ai poteri delle parti (*Il contratto in generale*, p. 34 s.), mentre io uso l'idea di governo per enfatizzare l'incidenza di interventi correttivi *ab extra*.

(13) Cfr. G. Alpa, *Il contratto in generale*, cit., p. 178 s. "... La stagione del negozio giuridico ... sembra concludersi nella nuova edizione del *Contributo* di Renato Scognamiglio (1969) e con gli studi di Giorgio Cian su *Forma solenne e interpretazione del negozio* (1969)".

(14) Cfr. al riguardo S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 84 ss.

(15) G. Alpa, *Il contratto in generale*, cit., p. 299.

(16) Il volume è stato riproposto in una "ristampa integrata", Milano 2004.

(17) G. Alpa, *Op. cit.*, p. 175 ss.

(18) Sul punto va tenuto presente il lavoro svolto con riguardo alla buona fede ed ai suoi mutevoli significati dalla scuola pisana fondata da Ugo Natoli, a partire dai primi anni 60 (cfr. G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 71 e nt. 32).

(19) Cfr. G. Alpa, *Presentazione a S. Rodotà, Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, raccolti da G. Alpa e M. R. Marella, Napoli 2017, p. XXIII. Nell'analisi di Rodotà "è la stessa concezione di 'fonte' del diritto che cambia, ricomprendendo nuovi valori, il diritto vivente, la creatività della giurisprudenza, l'autonomia solidaristica dei privati: un diverso multiforme panorama di distribuzione del potere normativo sotto il tetto onusto della Costituzione repubblicana". Ciascuna delle formule che Alpa usa in questo passo costituisce un'eresia rispetto alle visioni "computazionali" del diritto: quelle che fanno coincidere il rigore del discorso giuridico con la "calcolabilità" dei risultati interpretativi.

(20) G. Alpa, *Il contratto in generale*, cit., p. 175 s.

(21) *Il contratto in generale*, cit., p. 40.

(22) Alpa ha ribadito più volte, in vari scritti, la critica al letteralismo ed alla massima *in claris non fit interpretatio*, che ha tuttora largo seguito - sia pure con riserve e adattamenti - nella giurisprudenza della Cassazione. Credo che la fortuna moderna di questa massima sia legata all'esigenza di riconoscere la piena libertà dei privati come nucleo e *conditio sine qua non* del disciplinamento sociale, ravvisando in essa la sostanza, la verità di ogni regolamento contrattuale. Secondo questa visione, la formulazione linguistica dell'accordo, che i contraenti hanno voluto, se è chiara, non può che essere definitiva (cioè autonomamente capace di definire il punto di incontro degli intenti individuali). Si presuppone insomma una razionalità delle azioni volte a perseguire l'interesse individuale, da cui nasce la corrispondenza del testo contrattuale al vero. Se il testo è chiaro, non vi è interpretazione. Questa interviene solo in presenza di un dubbio. Così, per quanto riguarda il governo del contratto da parte del giudice, è evidente che i suoi margini si restringono. Nell'ambito delle dottrine italiane che si riferiscono al codice del 1865, com'è noto, la delimitazione dell'apprezzamento del giudice e del suo potere di integrazione entro l'ermeneutica dei contratti costituisce la scelta di fondo (e - si può dire - l'indirizzo di politica del diritto) che guida l'elaborazione teorica di Cesare Grasseti. Questo autore - che pure critica esplicitamente la massima *in claris* - delinea un modello gerarchico entro cui collocare i canoni d'interpretazione dei contratti fissati dal Codice, sicché dall'uno si possa passare ai successivi: dall'esame dell'intenzione ad altri criteri, non ispirati al primato della volontà, ma dettati dal legislatore, per integrare quanto risulti dal testo. La dottrina influenzerà i codificatori del 1942 soprattutto nella successione dei canoni, ma con alcune rilevanti novità, costituite dagli articoli 1362 secondo comma, 1366, 1370 e 1371. Le disposizioni nuove sono, a mio avviso, il presupposto per una messa in discussione del modello gerarchico. Cfr. C. Grasseti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1938

(rist. 1983), p. 225 ss. (sul nesso tra carattere precettivo delle regole e determinazione di un ordine nella loro applicazione).

(23) Rinvio, su questa tematica, a M. Brutti, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017, p. 228 ss.

(24) Tale da collegarsi allo schema gerarchico.

(25) Vedi anzitutto G. Alpa, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1973, I, 1, col. 1507 ss., spec. col. 1516. Ed ora G. Alpa, *Il contratto in generale*, cit., p. 512 ss.

(26) Vedi, tra altri scritti, G. Alpa, *Gli elementi estrinseci nell'interpretazione del contratto*, in *Rivista del Notariato*, 1983, p. 669 ss.; ID, *L'interpretazione del contratto. I. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano 1983; G. Alpa, G. Fonsi e G. Resta, *L'interpretazione del contratto. Orientamento e tecniche della giurisprudenza*, II ediz., Milano 2002; G. Alpa, *I principi generali*, II ediz., in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 2006, p. 451 ss.; ID, *Il controllo giudiziario del contratto e l'interpretazione*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, raccolta di studi in on. di A. Brancaccio, vol VII, Milano 2013, p. 3 ss.

(27) Cfr. G. Alpa, *L'evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 30 ss. e Cass. 5 marzo 2009, n. 5348.

(28) G. Alpa, *Il contratto in generale*, p. 426. Torna su questo punto a p. 525 ed osserva in proposito la erosione della "sacertà del contratto".

(29) Questa prospettiva è già in G. Gorla, *Interessi e problemi della comparazione con la 'common law'* (1961), in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, p. 51 ss. spec. 52: "... il comparatista deve guardare con occhi di storico non soltanto al diritto straniero, ma anche al diritto proprio, e quindi agli uomini e alle attività che lo hanno prodotto ...".

(30) Vedi G. Gorla, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)* (1980), in ID., *Diritto comparato*, cit., p. 877 ss.

(31) Occorre sottolineare che l'affidamento delineato dalla pandettistica è un principio che i giuristi ricavano per induzione da regole non codificate, ma prodotte dalla scienza. Esse si rifletteranno sul *BGB*. In Italia, verranno utilizzate come struttura interpretativa da riferire alle disposizioni del Codice del 1865.

(32) G. Alpa, *Il contratto in generale*, cit., p. 48 e p. 133 s.

(33) L'approvazione avviene il 31 ottobre 1927. Il testo è accompagnato da una relazione di Henri Capitant, Ambrosie Colin, Georges Ripert, Alfredo Ascoli e Roberto De Ruggiero. Il *Progetto* è pubblicato in Italia, con testo bilingue, dalla Libreria del Provveditorato generale dello Stato, Roma 1928. Segue l'identica pubblicazione francese, *Projet de code des obligations et des contrats - Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, Paris 1929. La nuova recente edizione del *Progetto* è stata promossa, nell'ottantesimo anniversario della sua approvazione, dal Consiglio Nazionale Forense (per iniziativa di Alpa), con l'aggiunta di scritti contemporanei che commentavano l'opera svolta e di due saggi introduttivi dei curatori. Vedi G. Alpa e G. Chiodi (a cura di), *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano 2007.

(34) Rinvio, sulla vicenda del *Progetto*, al mio libro *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, p. 85 ss.; 150 ss.

(35) *Il contratto in generale*, cit., p. 301 s.

(36) *Il contratto in generale*, cit., pp. 299-305.

(37) *Il contratto in generale*, cit., p. 654.

(38) Schematizzando molto la comparazione tra schemi antichi ed attuali, si può dire che i referenti fondamentali del concetto romano (e il suo collegamento con le forme processuali entro cui operava) siano spariti nell'età moderna, a cominciare dal nesso esclusivo tra la buona fede e una categoria determinata di situazioni (in primo luogo i contratti consensuali), per cui soltanto valeva un giudizio più ampio, uno spazio libero accordato all'*officium iudicis*, non limitato all'aspetto formale degli atti e dei comportamenti, ma esteso all'insieme degli interessi in gioco. In questi casi (compravendita, locazione, mandato, società, tutela, gestione di affari altrui, fiducia, deposito, comodato, restituzione della dote alla donna o al padre di lei), la discrezionalità del giudice era - nel diritto romano durante l'età della giurisprudenza - assai ampia. Era operante la procedura civile *per formulas*, in cui la *formula*, redatta dal magistrato - protagonista della prima fase del processo - ed accettata dalle parti, doveva fissare il campo dell'*officium iudicis*. La pretesa della parte interessata, indicata nella *formula*, non era determinata nei suoi termini pecuniari: il giudice decideva quanto era dovuto. In quel genere particolare di rapporti gli obblighi non erano fissati *a priori*, ma il *iudex* li definiva secondo la logica del rapporto, esaminato in tutti i suoi aspetti. Da ciò desumeva la valutazione pecuniaria. Mentre in altri rapporti, diversi da quelli elencati, la pretesa aveva ad oggetto una somma certa. Si può dire (molto sommarariamente) che *fides* indichi - con una nozione romana risalente all'età più antica - il legame che regge quei rapporti non dominati da forme. Mentre l'aggettivo qualifica la giustizia secondo cui il *iudex* è tenuto a valutare il rapporto e l'importo pecu-

niario corrispondente alla pretesa. Dunque il giudice fissa i contorni di ciò che è giusto nel caso concreto, ma solo in quelle determinate fattispecie.

(39) *Il contratto in generale*, cit., p. 655 ss.

(40) S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari 2014, p. 39 ss.

(41) Mi limito a ricordare tre contributi a questa tematica, in momenti storici diversi, che definiscono la cornice di una bibliografia amplissima. Il primo è un convegno nel quale si affronta la questione dei principi generali entro l'ordinamento fascista. Siamo nella fase finale del regime. La sollecitazione a riflettere sul punto ed eventualmente a proporre una codificazione di principi generali, in una prospettiva che guarda ancora alla costruzione dello Stato corporativo, viene dal ministro della giustizia Dino Grandi. Il convegno si svolge a Pisa il 18 e il 19 maggio 1940. Dopo una prima uscita degli "Atti", esso darà luogo ad una pubblicazione finale, che raccoglie il "compiuto pensiero" di quanti avevano aderito all'incontro, a cura della Facoltà di Giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative, ed è stampata nel 1943 (AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa 1943). In questo tratto di tempo, si è avuto il precipitare della situazione politica italiana e si sono già delineati i contorni della sconfitta militare. Tutta la discussione appare ormai sfocata, mentre è vicinissimo il crollo del regime. Lo stesso ministro Grandi ha trovato una soluzione al problema che aveva posto, disponendo, con l'assenso di Mussolini, la recezione della Carta del lavoro in un testo di legge, che è stato posto all'inizio del nuovo Codice civile, promulgato nel 1942. Là vanno ricercati i principi generali. Eppure gli approdi del convegno pisano rimangono interessanti per due aspetti: da un lato, la tendenza a concepire principi direttamente cogenti (e non soltanto programmatici), che devono essere il frutto di un'attività normativa; dall'altro una nuova considerazione della funzione interpretativa affidata ai giudici (su entrambi i punti si vedano le relazioni di Sergio Panunzio e Vezio Crisafulli). Se i principi da esprimere (da codificare) sono enunciati normativi a carattere generale e senza fattispecie, dove se non nella giurisdizione potrà colmarsi la distanza tra questo genere di precetti e i casi della pratica? Le due questioni verranno riproposte nel dopoguerra. Al bilancio delle dottrine italiane postcostituzionali sono dedicati gli altri due contributi, che riassumono la storia del problema. Vedi AA.VV., *I principi generali del diritto. Atti dei Convegni Lincei*, Roma 1992; AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza. Roma, 14-15 nov. 2014*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014 (numero speciale).

(42) G. Alpa, *I principi generali*, II ediz., Milano 2006; ID., *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., p. 77 ss.; ID., *Il contratto in generale*, cit., p. 419 ss.

(43) Così Alpa riassume le due concezioni: "quella che ritiene il principio una regola generale che si fonda sulle (o si induce dalle) regole espresse dall'ordinamento; quella che considera il principio un *prius*, metagiuridico o extralegislativo; se i principi preesistono alle norme, le norme non sono che la 'manifestazione sensibile' del principio". (*Il contratto in generale*, cit., p. 421. Anch'io assumo come quadro di riferimento la dicotomia tra principi indotti dalle disposizioni di legge e principi che occupano una posizione di priorità logica ed ideale rispetto ad esse. E condivido l'impostazione di Alpa là dove non introduce differenze tra principi ricalcati su disposizioni vigenti e principi desunti attraverso l'induzione o la generalizzazione da disposizioni vigenti, poiché le operazioni logiche da cui nascono sono omogenee. Credo tuttavia (qui mi allontano dalle formulazioni di Alpa) che i principi, se entrano in qualche modo nei processi interpretativi, non possano definirsi metagiuridici; e penso inoltre che nel definire il rapporto tra principi e disposizioni si debba prescindere dal riferimento ad una priorità temporale. Per fare un esempio, il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. non viene prima del Codice, ma costituisce una norma-guida che orienta l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni codicistiche. Si può parlare di priorità temporale se si postula che dal principio attraverso l'interpretazione nasca una norma nuova, ma ciò è in contrasto con la realtà empirica nella quale le disposizioni non cambiano, pur piegandosi a significati diversi da quelli originari (penso alla discontinuità che oppone la solidarietà sociale dell'art. 2 Cost. alla "solidarietà corporativa" originariamente recepita dai codificatori nell'art. 1175, come espressione di autoritarismo e di collaborazione coatta tra le classi).

(44) Cfr. D. 50, 17, 1 (Paulus 16 ad Plautium). Il passo è richiamato, nel convegno del 1940 (atti pubblicati nel '43) da E. Betti, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Studi sui principi generali*, cit., p. 321. Egliconsidera *regula* sinonimo di principio generale e si serve del frammento di Paolo per sostenere in ogni caso il carattere induttivo dei principi, ai quali nega la prevalenza sulle altre norme giuridiche. L'idea di prevalenza dei principi (comunque configurati) condurrebbe ad una *interpretatio abrogans*.

(45) Il collegamento immediato si vede nelle norme che combinano più disposizioni o che vengono costruite in base a disposizioni vigenti attraverso l'uso dell'analogia.

(46) Si veda ad esempio Cass. 27 aprile 1982, n. 2632, a proposito del terzo comma dell'art. 1453 c.c. ("Dalla data della domanda di risoluzione l'indebitante non può adempiere la propria obbligazione"), denominato "principio". Vedi G. Alpa, *Il contratto in generale*, cit., p. 437. Ma un lungo inventario di principi di diritto contrattuale nella giurisprudenza, tutti dipendenti da disposizioni espresse, può leggersi da p. 424 a p. 447.

(47) *Il contratto in generale*, cit., p. 424.

(48) È l'espressione usata da S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 5, 1987, p. 709 ss., spec. p. 721 s.

(49) Sul punto cfr. P. Costa, *'Civitas'. Storia della cittadinanza in Europa. 4. Letà dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari 2001, p. 213 ss. Di "persecuzione dei diritti" parla M. Sarfatti, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, nuova ediz., Torino 2007, p. 113 ss. A proposito della "eversione giuridica" aperta nel 1938, vedi S. Gentile, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino 2013, p. 113 ss., in particolare p. 135 ss.; inoltre, su "Codice civile e razza", p. 321 ss. Questa letteratura spiega come sia intaccato in modo irreversibile lo Statuto, per iniziativa del Governo e con l'acquiescenza piena della Corona.

(50) Vedi al riguardo S. Bartole, *I principi generali fra due convegni (1940-1991)*, in AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., p. 3 ss., spec. p. 17: "... La collocazione in Costituzione di così tante disposizioni di principio offriva il supporto della gerarchia formale a quella gerarchia materiale, cui facevano appello, già in epoca prerепublicana, coloro i quali erano orientati a riconoscere ai principi una qualche primazia interpretativa e una necessaria rilevanza direttiva".

(51) Questo termine è usato da Cicerone. Indica ciò che è degno di *aestimatio*, cioè di una valutazione positiva e di una scelta: rimanda alla *axia* del pensiero stoico (*De finibus bonorum et malorum* 3, 6, 20).

(52) Vedi G. Alpa, *I principi*, cit. (2006), p. 445 s.: "... Contro la linea che ritiene prevalente l'interesse sociale sull'interesse dei privati, sta riemergendo in molti ordinamenti (specie in *common law*) con forza la interpretazione propria dell'ideologia neo-liberista informata quindi alla più ampia autonomia delle parti e alla insofferenza per qualsiasi intervento esterno sull'affare privato".

(53) Queste parole sono tratte da M. Bessone, *Trattativa, recesso e danno*, Milano 1969, p. 33.

(54) G. Alpa, *Il contratto in generale*, p. 518 ss. Si veda anche, p. 520, ove è menzionato "il principio di correttezza, previsto dalla clausola generale dell'art. 1175". Esso "opera quale criterio di controllo delle attività private".

(55) Questo aspetto è limpidamente espresso in una pronunzia della Corte di Cassazione di qualche anno fa. Cass. 23 maggio 2011, n. 11295: "Buona fede o correttezza integrano un generale principio di solidarietà sociale che trova applicazione a prescindere dalla sussistenza di specifici obblighi contrattuali, imponendo al soggetto di mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, ma sono anche fonte legale d'integrazione del contratto, quale obiettiva regola di condotta che vale a determinare il comportamento dovuto in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto". Un'altra precedente sentenza della Cassazione, spesso citata (Cass. 20 aprile 1994, n. 3775) fa discendere dal principio-guida della solidarietà sociale fissato nell'art. 2 Cost. la formulazione (che mi sembra non solo dedotta dalla Costituzione, ma ricavata in via induttiva dalla giurisprudenza ove interviene il concetto di buona fede) del "principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un' apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio".

(56) È un punto di particolare rilievo. L'impiego delle clausole generali da parte dell'interprete, alla luce dei principi, e quindi l'applicazione di questi, non possono pensarsi se non specificamente ancorati ai casi. La "fattispecie" concreta è sempre il referente necessario di una valutazione che l'interprete compie sulla base di un paradigma normativo. Questo può essere ricavato da una o più disposizioni relative ad una fattispecie astratta, o può essere dedotto da un principio-guida. Un ampio campo di apprezzamento dell'interprete si determina anche nel primo caso. In base a quali tratti viene individuata la fattispecie concreta? E poiché il più delle volte la fattispecie astratta non è perfettamente fissata in una sola disposizione, con quale procedimento e quali scelte essa viene tratta da più disposizioni? D'altro canto, il principio-guida, nel momento in cui è adoperato dall'interprete, "non può prescindere da una fattispecie, cioè da un caso concreto, di cui concorre a definire il regime" (così puntualmente osserva E. Del Prato, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, in AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., p. 265 ss., spec. p. 278). Ciò conferma che in ogni caso l'automatismo dell'interpretazione è un obiettivo illusorio. L'operazione interpretativa implica una ragionevole discrezionalità. Non può dirsi se il risultato dell'interpretazione sia vero o sia falso; se ne può soltanto fornire una giustificazione sorretta da argomentazioni rigorose ed attendibili. Sulle quali si formeranno i precedenti accolti da nuove decisioni e gli orientamenti giurisprudenziali.

## Come ti riformo la giustizia in Gran Bretagna: l'esperimento delle online courts.

**Michele Marchesiello**

Magistrato

**Sommario:** 1. *Democrazia e riforme della giustizia.* - 2. *La 'Briggs Reform' e le Online Courts.* - 3. *Un personaggio misterioso e inquietante: il Case Officer.* - 4. *Una giustizia stile eBay?* - 5. *Quale riforma, per quale giustizia?* - 6. *Rispetto della persona e giustizia online. Il caso del giudice Briagliadoca.*

### 1. Democrazia e riforme della giustizia.

Per quanto possa sembrare strano, gli inglesi sono alle prese - quanto al funzionamento del sistema giudiziario - con gli stessi problemi e le stesse agonie che ci troviamo ad affrontare noi quando si viene alla questione Giustizia.

La differenza - detto in poche parole - sta in quella che chiamerei 'democrazia vivente', nell'essere una società civile intimamente, compiutamente democratica, e non solo paludata delle apparenze esteriori della democrazia.

La differenza si può cogliere nel modo in cui viene affrontato il medesimo tema della riforma del sistema giudiziario, in Italia e in Gran Bretagna: in termini insieme burocratici, demagogici, fondamentalmente autoritari ('autistici', verrebbe da dire), da noi; con modalità aperte, cautamente sperimentali e incrementalmente, sotto il costante controllo e anche con la partecipazione dell'opinione pubblica, nel Regno Unito.

Le finalità dichiarate sono le stesse: rendere più efficiente e meno costoso il sistema, attraverso il ricorso alla tecnologia e ai più moderni criteri organizzativi. La risposta italiana si traduce in un insieme di improvvisazioni, ambizioni, autoritarismi, tutti fondati sul presupposto che il pubblico 'non può capire', se non le enunciazioni di promesse del tutto generiche o smaccatamente ideologiche. La risposta britannica si ispira a principi operativi completamente diversi e - appunto - pragmaticamente democratici.

Una vera riforma sarà prima di tutto costosa, ed esigerà idonei finanziamenti. In secondo luogo, essa avverrà secondo un preciso cronoprogramma, le cui fasi dovranno essere puntualmente e continuamente monitorate, corrette, emendate. È indispensabile, poi, un coordinamento organico tra Governo, Parlamento, magistrature, avvocatura, università. L'opinione pubblica deve - infine - essere tenuta puntualmente e onestamente al corrente di questo autentico *work in progress*, dei suoi successi come delle sue criticità, venendo messa in grado di far sentire la propria voce e portare il contributo delle proprie esperienze 'sul campo'.

Così, il programma britannico è stato varato nel 2016, con una dichiarazione congiunta del Lord Cancelliere e dei vertici delle magistrature, in cui si illustrava la loro visione del futuro e quella della giustizia di Sua Maestà la Regina. La dichiarazione si apriva inoltre a tutti gli *'stakeholders'*, a tutti i portatori di interesse, cittadini *in primis*, invitati a dare il contributo della loro esperienza.

Il programma si sta realizzando per fasi 'pilota', a partire dalle prime versioni del divorzio online, del giudice tutelare, delle cause civili di minor entità, dei ricorsi in materia di previdenza sociale, in vista del successivo ampliamento ad altre più complesse materie. Due le linee seguite: attivare i principali servizi tecnologici e, in parallelo, lavorare per un servizio più professionale e responsabile da parte degli addetti.

Nella seconda fase sono stati messi online, a disposizione del pubblico, alcuni servizi giudiziari relativi al diritto di famiglia, all'immigrazione, ai trattamenti psichiatrici.

Sulla base dell'esperienza, dei risultati positivi conseguiti come

degli errori commessi nelle prime due fasi, si procede ora verso la terza ed ultima, consistente nell'implementazione e messa a regime dei nuovi servizi su basi essenzialmente digitali e online.

L'intero processo è stato accompagnato e reso pubblico da *newsletters* con cadenza mensile, conferenze, eventi e trasmissioni che hanno consentito il più ampio dibattito e la più completa informazione sull'andamento della riforma.

*Last but not least*, per l'attuazione della riforma è stato stanziato più di un miliardo di sterline.

### 2. La 'Briggs Reform' e le Online Courts.

Detto questo e messo da parte l'inevitabile moto di invidia, la nostra attenzione si è concentrata sull'aspetto della riforma britannica che ha suscitato in quel Paese il maggior interesse e - anche - le critiche più accese: quello delle cosiddette *Online Solutions Courts*, tribunali online per la risoluzione delle controversie, che dovrebbero fare a meno sia dei tradizionali spazi fisici riservati all'amministrazione della giustizia, sia, addirittura, della figura del giudice (riservato a un poco probabile appello) e di quella degli avvocati. Il padre della riforma, Michael Briggs, Lord Briggs of Westbourne, nominato alla Corte Suprema britannica nell'Ottobre del 2017, sin dal 2013 è stato incaricato di presiedere la Commissione per la modernizzazione del sistema giudiziario britannico. La relazione finale, pubblicata nel luglio 2016, ha preso il suo nome come *Briggs Report*.

Lord Briggs, per inciso, è l'unico giudice a non aver fatto parte della Corte che ha sancito l'illegittimità della decisione di Boris Johnson di sospendere il Parlamento. In altra occasione, a una conferenza tenuta in Olanda nel 2018, Lord Briggs ha rassicurato l'uditorio sul futuro del *Common Law* britannico post-brexit. Lord Briggs ha detto:

"Se c'è una ragione per preferire il diritto inglese, essa consiste nella sua relativa prevedibilità e certezza, comparate a quelle del *civil law* continentale. Il suo distacco dal sistema giuridico dell'UE, che in prevalenza deriva dal *civil law*, non farà che rafforzare queste caratteristiche."

L'arbitrato, in particolare, trarrà beneficio dalla Brexit, "in quanto non trae origine da nessun sistema giuridico nazionale in particolare."

Su queste ottimistiche (e discutibili) premesse, è possibile esaminare la riforma di Lord Briggs, e le critiche cui ha dato luogo, per quanto riguarda l'introduzione delle *Online Solution Courts*.

Converrà prima di tutto concentrarsi sul nome adottato dalla commissione Briggs: *Online Solutions Court*.

Il più semplice '*Online Court*' è stato bocciato da Briggs, perché troppo somigliante alla denominazione ODR, *Online Dispute Resolution*, al cui sistema la nuova *Court* non vuole essere associata. Altri nomi, come *Citizens Court*, *Open Court*, *Accessible Court* sono stati respinti adducendo varie ragioni: *open* e *accessible* perché suonerebbero critici nei confronti dei tribunali tradizionali, *citizens* - si presume - perché sembrerebbe alludere a forme di giustizia 'popolare' di cui si conoscono anche troppo bene gli esiti.

Restano fermi '*Online*' e '*Court*', a indicare le due novità, anzi la vera novità del sistema, che ambisce a sostituire (quasi) del tutto giudici, avvocati e tribunali, trasferendo le controversie al sistema digitale online, reso tendenzialmente obbligatorio con l'eliminazione totale della componente cartacea.

La soluzione proposta insiste dunque sulla denominazione *Online Solutions Court*, abbandonando la '*Re-*', che deve considerarsi ormai appannaggio del sistema ODR, *Online Dispute Resolution*.

'*Nomina consequentia rerum*': il nome dunque, la dice già lunga sulle intenzioni dei riformatori britannici. La nuova 'corte' digitale dovrebbe preludere all'eliminazione del tribunale come spazio fisico e pubblico, nel quale le parti si affrontano *vis à vis*, assistite dai rispettivi legali, davanti a un giudice che decide la controversia in base alla legge.

Il nuovo 'processo' avverrà in forma integralmente virtuale, 'on-

line', così come *online* avverrà lo scambio delle memorie e della documentazione, si svolgerà il contraddittorio e verrà emessa, se necessario, la decisione da parte di un *Case Officer* (non, come vedremo, un giudice vero e proprio).

Il nuovo processo si articola tipicamente in tre fasi:

la prima fase consiste nel '*triage online*', che - introdotto dal potenziale attore senza l'assistenza formale di un avvocato - serve ad assistere i litiganti nel formulare in termini giuridici le rispettive domande e risposte, scambiarsi i documenti rilevanti ed - eventualmente - verificare se tra di loro esista effettivamente una significativa ragione di contesa.

La seconda fase - '*conciliation stage*' - è governata da un *Case Officer*, un funzionario addetto al caso, cui spetta il compito di tentare, sempre rigorosamente *online*, le molteplici vie della conciliazione. La terza fase si apre in seguito al fallimento del tentativo di conciliazione e comporta una decisione vera e propria, non accompagnata da una motivazione, da parte vuoi dello stesso o - più opportunamente - di un diverso *case officer*, vuoi di specialisti appositamente designati per i casi di particolare complessità, vuoi - infine e solo in casi estremi - di un giudice. Questa fase - nelle intenzioni dei riformatori - dovrebbe costituire un filtro, o 'membrana' rispetto alla necessità di ricorrere in ultima istanza e in casi molto limitati a un giudice vero e proprio, davanti al quale sarà possibile attivare, nelle forme 'tradizionali', e più costose, l'eventuale appello.

Tre ulteriori caratteristiche del sistema tri- fasico vanno sottolineate: il suo essere tendenzialmente obbligatorio (senza la possibilità di una alternativa 'cartacea' o di un ricorso immediato alla giustizia tradizionale); il suo non prevedere - e tendenzialmente escludere - l'assistenza di un avvocato; il suo essere limitato a controversie di valore non eccedente le 25.000 sterline (10.000 in una prima fase 'morbida' e sperimentale).

### 3. Un personaggio misterioso e inquietante : il *Case Officer*.

Il *Case Officer*, funzionario incaricato del caso, è la figura centrale, ma anche la meno definita e quindi più misteriosa, vera incognita, di tutto il sistema della *Online Court*. Lo stesso Lord Briggs appare incerto nel definirla, a cominciare da quell'*officer*- funzionario che ne farebbe qualcosa di addirittura antitetico al titolare principale della funzione giurisdizionale, il giudice, ma allo stesso tempo da quest'ultimo controllato. Al confine tra il giudice e il funzionario, tra l'indipendenza e la sottomissione burocratica, Briggs è tentato di chiamarlo *Case Lawyer*, 'giurista' affidatario del caso, che si può immaginare dotato di una non superficiale preparazione giuridica, data da una laurea o da un opportuno periodo di praticantato.

Il *Case Officer*, in realtà, racchiude in sé una molteplicità di ruoli: è il facilitatore, il mediatore, il conciliatore, ma anche, se del caso, un para- giudice di controversie per definizione 'minori' e tali da giustificare il ricorso, appunto, a una sottospecie di giudice.

Difficile collocazione la sua, in senso organico e in senso logistico. Un giudice vero gli dev'essere messo accanto per guidarlo nelle controversie più spinose : tuttavia questa vicinanza non può essere anche 'fisica', per evitare il rischio di una pericolosa sovrapposizione dei ruoli. Vicino e presente, ma distante e comunque non nello stesso ufficio. E, tuttavia - è sempre Lord Briggs a parlare - tra i due personaggi deve esistere comunque una vicinanza, un contatto *vis à vis*, quello stesso che l'*Online Court* pretenderebbe a tutti i costi di eliminare dal processo. Non basta che i due dialoghino per telefono oppure *online*. Sembra che il riformatore, pentito, sia di nuovo tentato da quella stessa idea tradizionale di processo giudiziario da cui vorrebbe prendere le distanze.

Tre fantasmi, il giurista, il giudice e l'avvocato, incombono in realtà sulla *Online Court*. Il primo, come portatore di una indispensabile formazione giuridica, rappresentata quanto meno da una laurea; il secondo come 'ultima istanza' cui ricorrere se il caso - pur di scarso valore economico - presenti aspetti particolarmente complessi e delicati o se la decisione del *Case Officer* non soddisfi uno

dei litiganti; l'avvocato, infine, come personaggio che - da quelle che potrebbero chiamarsi 'le retrovie' della controversia - è destinato a guidare e indirizzare la parte inesperta attraverso gli snodi più delicati e 'tecnici' della lite, a essere per così dire il 'suggeritore' di una procedura che vorrebbe essere 'fai da te'.

A cominciare dall'*online Triage Stage*, dalla fase iniziale in cui l'attore affronta, a mani nude, il compito di dare veste e contenuto giuridico alla sua domanda. Per raccogliere la suggestione del termine *triage*, è come se, presentandosi al pronto soccorso, l'infortunato dovesse egli stesso diagnosticare - magari con l'ausilio di un ologramma - la natura delle lesioni o dei sintomi che lo hanno portato in ospedale e grazie a questa preventiva diagnosi determinare il 'codice' di ammissione alla procedura: verde, giallo, rosso.

Alle già note '*legal clinics*', programmi per l'insegnamento pratico del diritto da affiancare ai corsi tradizionali, si aggiungerebbe così una specie di '*Emergency*' o pronto soccorso giudiziario, riservato alle cause di minore entità, a basso costo, accessibile a tutti, di pronta definizione.

### 4. Una giustizia stile eBay?

Animato da una buona dose di ottimismo, Lord Briggs ha individuato le principali obiezioni alla riforma che porta il suo nome, cercando di dare ad ognuna un'articolata e onesta risposta. Eccone alcune.

- La *Online Court* darà luogo a una giustizia di serie B rispetto a quella ordinaria amministrata dai tribunali.

- La *Online Court* richiede una facilità e disponibilità di accesso alla rete, non sempre offerte dalle strutture giudiziarie esistenti.

- La sostanziale esclusione degli avvocati si tradurrà in una minorata capacità di difesa da parte di molti e nel rischio che si moltiplichino i cosiddetti *McKenzie friends*, personaggi che, privi di una qualsivoglia preparazione giuridica, si presterebbero ad assistere la parte nel procedimento, per amicizia o interesse, ma senza nessuna precisa responsabilità.

- Il livello di 25.000 sterline fissato quale limite alla competenza della *Online Court* sarebbe arbitrario: troppo alto o troppo basso a seconda dei casi.

- Lo stesso stato attuale della IT (*Information Technology*) non sarebbe all'altezza delle prestazioni che le verrebbero richieste.

- La decisione *Online* di controversie vertenti su diritti, priverebbe il cittadino di un aspetto fondamentale della giustizia Inglese: l'udienza *vis à vis*, davanti a un giudice togato, in un'aula giudiziaria, il cosiddetto '*day in Court*', gloria e vanto della giustizia inglese.

- La giustizia *Online* mancherebbe comunque dei fondamentali caratteri di pubblicità e trasparenza.

A queste e ad altre critiche Lord Briggs ha cercato di dare articolate e oneste risposte, non sempre convincenti.

Ma la critica più importante e insidiosa, sembra quella venuta dalle pagine della benemerita *London Review of Books* (26 settembre 2019), per la firma di Frederick Wilmot- Smith, autore di un articolo dal titolo '*Justice eBay Style*', 'Giustizia stile eBay'.

Di Wilmot- Smith - *fellow* dell'*All Souls College* a Oxford, e *barrister* - è da poco uscito un libro dal titolo '*Equal Justice: Fair Legal Systems in an Unfair World*' (*Harvard U.P.*, 2019), in cui l'autore si interroga sulle condizioni grazie alle quali, nel mondo moderno, un sistema giudiziario possa effettivamente dirsi 'giusto', e non soltanto, aggiungeremmo noi, 'conveniente' dal punto di vista del rapporto costi- benefici.

Ciò che rende particolarmente interessante l'articolo apparso sulla LRB, è il fatto che Wilmot Smith, l'avvocato, si sia misurato col nuovo sistema- pilota nella veste di attore in una controversia 'minore', verificandone sulla propria pelle le caratteristiche e i difetti salienti.

Andando al di là delle critiche 'ufficiali' e in fondo prevedibili mosse al progetto delle *Online Courts* (sono un salto nel buio, il sistema non è pronto, molti cittadini ne verranno esclusi, la competenza per valore è troppo alta, o troppo bassa, non è possibile

eliminare il ruolo dell'avvocato), Wilmot Smith mette così a fuoco alcuni aspetti preoccupanti e meno ovvi della riforma, così come costruita e difesa a spada tratta da Lord Briggs.

Un primo punto critico - forse decisivo - è costituito dal momento iniziale del *triage*. Può infatti lo stesso sistema essere reso così intelligente da saper guidare chi vi ricorre nell'individuazione e nell'esatta formulazione della domanda? Si può affidare a un algoritmo il compito - misto di sapienza e saggezza - che è stato svolto sino a oggi dall'avvocato? E - anche in caso di risposta affermativa - chi guiderà l'inesperto attore (e anche l'inesperto convenuto) nei meandri della nuova e sconosciuta realtà che il diritto immancabilmente sovrappone al caso concreto? Chi darà ai malcapitati le coordinate di legge e quelle giurisprudenziali che dovrebbero guidarli verso la composizione di una lite ancora agli albori? Come indurre un 'programma' a tener conto delle specificità del caso concreto? E, soprattutto, saprà un programma 'interpretare' la legge?

Lo stesso Lord Briggs si è reso conto di questa cruciale difficoltà e della dipendenza del funzionamento della procedura *online* dal successo della prima fase, suggerendo - paradossalmente - che le parti potrebbero a quel fine avvalersi dell'assistenza di un avvocato, quello stesso che Lord Briggs si proponeva di eliminare dalla scena di un processo giudicato troppo '*lawyerish*'. L'avvocato, fatto accomodare alla porta principale, rientrerebbe nel processo da un'entrata secondaria; da attore sulla scena verrebbe fatto discendere nella scomoda buca del suggeritore.

La seconda fase - quella della mediazione da parte di un *case officer* - è poi caratterizzata, nella sua prospettata obbligatorietà, da un significativo pregiudizio. Costringere le parti alla mediazione è la risposta della società a quello che si ritiene essere un fallimento sociale, piuttosto che il riconoscimento dell'esistenza di un conflitto tra soggetti particolari, naturale e in fondo positivo. La richiesta di giustizia si tramuta - in questo senso - in una 'disputa', una patologia - ecco ricomparire il modello medico - che deve essere comunque 'rimossa' o asportata in nome della pace sociale: è questa, si noti, la stessa prospettiva dei sistemi ADR. Abbandonata l'idea del 'fare - o dare - giustizia', prevale quella - pragmatica e utilitaristica - dell'eliminazione di un intoppo, di un ostacolo al libero svolgersi delle relazioni, prevalentemente di natura economica, all'interno di una collettività.

Eppure, è dai tempi più remoti (si pensi allo scudo di Achille, nell'*Iliade*), che chi chiede giustizia si rivolge a un giudice imparziale e indipendente, all'interno di uno spazio pubblico, altamente simbolico e rappresentativo, tra chiesa e teatro, in cui confrontare le proprie ragioni con quelle dell'avversario. È quello che lo stesso mondo anglosassone ha definito il mondo '*adversary*'.

Pubblicità, sottoposizione alla legge, uguaglianza davanti a un giudice terzo, sono, da sempre, i principi sottesi alla funzione giudiziaria in un contesto civile e non brutalmente hobbesiano. La mediazione condotta da un semplice funzionario, al telefono oppure *online* sulla base della documentazione prodotta in forma elettronica, sembra contraddire tutti e tre i principi, travolti dall'intento di rimuovere un ostacolo al normale funzionamento dei rapporti socio-economici. Lo stesso giudice - osserva Wilmot Smith - potrà un giorno rendere la decisione, senza neppure motivarla, dal salotto o dalla cucina di casa sua, senza mai vedere in faccia le parti.

La mediazione, inoltre, si presta all'esito - probabile e comunque possibile - che chi la pratica ben conosce: il soggetto chiamato può scegliere di non rispondere all'appello. In questo caso l'attore non potrà che far ricorso al giudice tradizionale. Anche qua, osserva Wilmot Smith (sulla base della sua esperienza diretta) la Corte funziona un po' come certi programmi di incontri *online*: si possono intraprendere i primi passi su internet, ma decisivo è sempre il primo incontro faccia a faccia.

Il problema, in realtà, non consiste nel decidere se usare o no la tecnologia informatica nei processi giudiziari. Quella tecnologia

ha reso e può ancora rendere servizi inestimabili al processo: basta che ci si intenda sugli scopi ultimi della sua applicazione.

Lord Briggs sembra confondere le carte in tavola quando - per rispondere a chi lo accusa di fare un salto nel buio - richiama l'esempio positivo di eBay e dei suoi innegabili successi nel far fronte alla massa delle controversie sorte, su quella piattaforma, tra acquirente e venditore.

Il paragone regge solo sino a un certo punto. È ben vero che in quel contesto si raggiunge una soluzione, grazie a una procedura in due fasi con la quale le parti, scambiatisi *online* le rispettive prese di posizione e le repliche, arrivano nella maggior parte dei casi alla definizione della controversia senza l'intervento di una figura umana. Già nel 2003 eBay poteva vedere risolti in un solo anno milioni di casi. Il suo esempio è stato seguito da Amazon, Airbnb e Uber, tutte interessate a esaurire nel più breve tempo possibile e nel modo meno dispendioso le lamentele dei loro clienti. In questo modo vaste aree di conflitti 'minori' sono state sottratte alla giustizia ordinaria e felicemente 'privatizzate'. Basti considerare che eBay risolve circa sei milioni di *complaints* all'anno, mentre il sistema delle Corti locali inglesi ne riesce a decidere non più di 20.000 all'anno: dato - per inciso - che può consolarci quando ci stracciamo le vesti per l'inadeguatezza della nostra giustizia 'minore'.

È vero, per la Gran Bretagna come per l'Italia, che la domanda di giustizia è andata crescendo vertiginosamente e non c'è sistema istituzionale che non fatichi a reggerne la spinta e sia indotto a cercare - con l'aiuto della IT - forme svariate di *outsourcing*. Aumenta, di conseguenza, il numero delle persone costrette a rinunciare a far valere i propri diritti, e aumenta il divario tra i pochi che possono affrontare i tempi e i costi della giustizia ordinaria e i moltissimi cui questa risorsa è negata o resa quasi inaccessibile. Nel frattempo, in Gran Bretagna come in Italia, diminuiscono gli stanziamenti pubblici destinati alla difesa dei meno abbienti.

### 5. Quale riforma, per quale giustizia?

Si è raggiunto così il punto critico della riforma. Essa mira davvero a dare più giustizia, a renderla accessibile a un numero crescente di persone che non potrebbero con le loro sole forze permettersela? O mira, piuttosto, a fare definitivamente della giustizia un 'bene raro', un bene costoso, riservato solo a chi, individuo o impresa, può sostenerne i costi? Il sistema delle *Online Courts*, risponde alla prima o alla seconda domanda? E in che misura regge il confronto con gli indiscutibili successi del 'metodo eBay' per la soluzione delle controversie tra acquirente e venditore?

Nel caso di eBay - o di Amazon, Airbnb, Uber - si tratta di persone che, avendone la capacità e disponendo di un computer, si sono rivolte alla piattaforma per vendere o comprare qualcosa. Rispetto a questa esigenza, è relativamente facile individuare le possibili domande: l'oggetto non è stato consegnato, è diverso da quello ordinato, è arrivato danneggiato. Se il quadro delle domande si fa più complesso, cresce l'inidoneità del modello-base a inquadrarle, come accade inevitabilmente nella fase del cosiddetto *triage*. Su questo fronte, è indiscutibile la superiorità della procedura tradizionale, incentrata nel giudice.

Come disse Bentham, citato da Wilmot Smith, "...le udienze pubbliche sono le sentinelle più sicure contro l'iniquità", perché "...tengono il giudice stesso, nel momento in cui procede, sotto processo". Il giudice coglie, o intuisce, quello che un programma non potrà mai - più che intuire - includere nelle proprie articolazioni. Gli stessi errori, o abusi del giudice, si direbbe, fanno parte del sempre imperfetto, fallibile meccanismo del rendere giustizia. Nessuno desidererebbe vedersi dare ragione da una macchina: sarebbe, in fondo, come vincere alla roulette o davanti a una slot-machine.

Lo ha sperimentato di persona l'avvocato Wilmot - Smith, utilizzando il programma-pilota e promuovendo davanti a una *Online Court* un ricorso contro la Apple, che nel sostituire la batteria del

suo iPhone, gli aveva causato la perdita di una quantità di preziosi dati insieme ad anni interi di fotografie.

Wilmot Smith ha constatato, prima di tutto, l'assenza di un qualunque ausilio nella fase del *triage*. In mancanza di un idoneo schema informatico già predisposto, l'attore - per fortuna avvocato - ha dovuto provvedere ('arrangiarsi') da solo a formulare la domanda.

In secondo luogo, non essendo obbligatoria la mediazione *online*, è accaduto, come prevedibile, che la Apple si è rifiutata di parteciparvi, costringendo Wilmot- Smith ad adire il giudice di Contea.

Così, racconta divertito l'autore, "Una bella mattina di giugno ho inforcato la bicicletta per recarmi alla Corte di Contea di Clerkenwell e Shoreditch, e discutere davanti a un giudice la mia causa contro la Apple. Naturalmente perdendola".

Per un caso sfortunato, il giudice aveva qualche giorno prima acquistato un iPhone nel negozio della Apple, rimanendone pienamente soddisfatto, come egli stesso si era premurato di segnalare all'attore.

Brutto segno. La domanda venne respinta per un vizio di forma. Il giudice disse che se proprio voleva, Wilmot- Smith avrebbe potuto riproporre la domanda, tornando però a corrispondere i relativi diritti: ma non riponesse troppe speranze in una decisione favorevole. In fondo, la sua occasione se l'era già giocata.

"Forse sono stato un cattivo avvocato di me stesso", conclude Wilmot - Smith, ma la sorte di un cittadino qualsiasi non sarebbe stata diversa.

"Ho lasciato il tribunale deluso, certo, ma non amareggiato".

L'avvocato non è uscito amareggiato da quell'esperienza. Il giudice aveva fatto la sua parte: gli aveva lasciato esporre il caso; lo aveva ascoltato con attenzione; aveva cercato di capire le sue ragioni; era stato cortese. E gli aveva dato torto.

Le parti - è dimostrato - riescono ad accettare anche una decisione a loro sfavorevole, o addirittura ingiusta, se escono dall'aula del tribunale con la sensazione di essere stati ascoltati e trattati dal giudice col massimo rispetto, di aver goduto del loro '*day in Court*'.

Questa conclusione, che sembra favorire la *online Court*, del tutto immune da pregiudizi e antipatie, porta a riflettere su di un principio centrale per ogni discorso sulla giustizia: quello per cui è sempre dovuto rispetto assoluto alla dignità delle persona che si rivolge a un giudice, anche se - alla fine dell'udienza - la decisione sarà a lei sfavorevole o addirittura ingiusta. Wilmot- Smith si domanda, e noi con lui, "il sistema delle *Online Courts* garantisce quel rispetto a chi vi si rivolge chiedendo giustizia?"

## 6. Rispetto della persona e giustizia *online*. Il caso del giudice Briagliadoca.

Il punto è, dunque, se e come può conciliarsi il rispetto della dignità personale con il ricorso alle valutazioni di un *software*, sia pure integrato da un 'operatore' umano, quando - per di più - le forme più ricche e proceduralmente sontuose del processo sono riservate a una ristretta categoria di 'utenti'? Quando - come diceva un grande processual- penalista, Myrian Damaska - a pochi privilegiati si offre l'orchidea del processo, a tutti gli altri una semplice, povera margherita processuale.

La riforma di Lord Briggs dà luogo, oltre che a giudizi positivi,, a forti e gravi preoccupazioni, ispirata com'è - esplicitamente - all'esigenza di abbattere i costi del 'servizio giustizia' e allo stesso tempo aumentarne gli introiti, sia riducendone al minimo gli spazi fisici e il personale addetto che riservando un trattamento *online* a fasce di controversie considerate di minore importanza.

Quegli spazi, quel personale, quelle risorse vengono riservati infatti a 'casi' di maggior rilievo economico- industriale. I tribunali sono considerati non più come uno 'spazio pubblico', quindi accessibile a tutti, ma come un servizio che - per alcuni fruitori - è più semplice e meno costoso rendere *online*, mentre per una categoria ristretta alla *business community* può continuare a essere 'riservato'

e reso con le forme più complesse, sofisticate e, soprattutto, costose, oltre che redditizie per le casse dello Stato. Tutta la solenne capacità e dottrina, tutto l'insieme sontuoso dei formalismi propri del sistema vengono più utilmente riservati alle controversie commerciali, societarie, internazionali.

Chi non dispone dei mezzi economici necessari dev' essere indotto - con una 'spinta gentile' (la filosofia *nudge*) - a rivolgersi a forme di giustizia 'minore', anche se - sulla carta - di pari, seppure impersonale efficienza, rinunciando per di più a quel 'luogo pubblico' in cui si svolge il processo tradizionale.

Questo rendersi immateriale della giustizia, il suo rinunciare sia ai luoghi che ai personaggi che le davano corpo e sangue, in favore della *Online Court*, sembra inoltre sospingere la funzione del giudicare ben oltre i limiti tradizionali e ben noti dell'errore. La possibilità dell'errore è parte integrante del processo giudiziario. Solo a partire dall'errore è possibile imparare e migliorare. Ciò che nasce tecnicamente perfetto, immune da errore, si priva di questa possibilità.

Il giudice può sbagliare o lasciarsi condurre dal pregiudizio : e lo fa spesso. La macchina può non funzionare, ma non ha il paradossale privilegio dell'errore. A nessuno, tuttavia, piacerebbe essere giudicato con l'ausilio di una macchina incapace di sbagliare: anche quando quella macchina gli dà 'ragione'.

La giustizia *online* somiglierebbe allora, pericolosamente, al lancio della monetina, alle probabilità *fifty- fifty*, alla stessa giustizia praticata dal giudice Briagliadoca nel '*Gargantua e Pantagruel*' di Rabelais.

Il giudice Briagliadoca dava le sue sentenze secondo la sorte dei dadi.

Chiamato a rispondere del proprio operato davanti alla Corte Suprema - i cui componenti ricorrevano anch'essi, frequentemente, al lancio dei dadi - Briagliadoca viene rimproverato soprattutto per la lentezza e contraddittorietà delle sue pronunce. Il vecchio giudice adduce come scusa l'età avanzata, la vista indebolita e soprattutto l'uso dei dadi più piccoli, che gli avevano reso difficile distinguere un quattro da un cinque, ponendolo in contrasto con la giurisprudenza della Corte Suprema.

"Ma come procedete voi, amico mio?", gli chiede il Presidente Trincamella.

"Faccio come voi altri, Signori, e come vuole l'uso del giudicare al quale il nostro diritto comanda essere sempre ossequienti."

Dopo avere studiato attentamente le produzioni e le memorie dell'attore, Briagliadoca le mette da una parte. Passa quindi allo studio delle produzioni del convenuto, e le mette dalla parte opposta. Fatta questa complessa operazione, il giudice getta i dadi, per l'una e per l'altra parte.

"Ma - domanda il Presidente - da che cosa conoscete, amico mio, l'oscurità dei pretesi diritti delle parti contendenti?"

"Come fate voi altri, Signori", è la risposta di Briagliadoca. "Vale a dire, quando vi sono molti incartamenti da una parte e dall'altra, allora adopero i miei dadi più piccoli, come voi altri Signori, secondo la Legge. Possiedo anche dei dadi grossi ben belli e armoniosi che adopero, come voi altri Signori, quando la materia è più liquida, vale a dire quando c'è meno incartamenti."

Anche il sistema processuale cui si attecchiva il giudice Briagliadoca - dunque - prevedeva dunque due diversi procedimenti. Per quelli più 'liquidi' e meno complessi, si usavano dadi 'grossi, belli e armoniosi'. Per i casi più oscuri e difficili, si usavano invece i dadi piccoli, la cui lettura impegnava più a lungo la vista e la sapienza del giudice.

Molte volte gli avvocati sospettano che il loro giudice si attenga al sistema di Briagliadoca. Il pericolo è però che anche il nuovo sistema delle *Online Courts*, ideato da Lord Briggs, finisca per utilizzare la tecnologia informatica allo stesso modo in cui il giudice di Rabelais decideva di ricorrere al lancio dei dadi belli grossi ovvero di quelli piccoli e di difficile lettura.

## *Cronologia di un convegno e quesiti in attesa... di espansione e (perché no?) di attuazione.*

**Ugo Carassale**

*Avvocato, Foro di Genova*

**Sommario:** 1. *Il convegno.* - 2.1. *Contributi letterali e filosofici.* - 2.2. *Il Giudice: spettatore imparziale?* - 2.3. *Causalità adeguata o uso inadeguato della causalità?* - 2.4. *Tipologia di danno o visione simpatetica del danno?* - 2.5. *Il potere degli Organi Giudicanti ed il difficile equilibrio.*

### 1. Il convegno.

Nella seconda decade dello scorso Giugno, il Sig. Presidente della 3<sup>a</sup> Sezione Civile della Suprema Corte, Dott. Giacomo Travaglino, ha presentato con due pregevoli relazioni varie tematiche della responsabilità civile, nei suoi molteplici aspetti e nell'evoluzione della giurisprudenza, anche costituzionale. Nell'incontro presso l'Università di Genova, con il saluto e la presenza dei Docenti più vicini alle materie, sia nel profilo costituzionale, sia in quello civilistico, sono stati ricordati la figura ed il pensiero del Maestro Prof. Stefano Rodotà, il quale, come ha puntualmente riconosciuto il Presidente Travaglino con l'opera "Il problema della responsabilità civile" (Giuffrè), è stato il Padre della Responsabilità civile moderna.

La giornata successiva, presso l'Ordine degli Avvocati di Genova, ha interessato più da vicino il problema della causalità e del danno nei suoi sviluppi giurisprudenziali con riferimento anche alle recenti modifiche introdotte dal Codice delle Assicurazioni, richiamate dalla normativa in materia di sicurezza delle cure (L. 24/2017) che sembrano ritraggiare la antica criteriologia del danno biologico, del danno morale, con gli aspetti dinamico relazionali.

Tali profili sono stati attentamente sviluppati sia dal Presidente G. Travaglino, sia dalla Prof.ssa Raffaella De Matteis. Il Presidente emerito del Tribunale, Dott. Claudio Viazzi, nel condurre i lavori, ha richiamato l'attenzione anche sui danni punitivi, i quali, anche quale deterrente, iniziano a serpeggiare nel sistema, come criteriologia che, talvolta, si affianca alla riparazione.

Il Dott. Roberto Braccialini, Presidente della 4<sup>a</sup> Sezione del Tribunale di Genova, ha dato qualche riscontro alle provocazioni di Ugo Carassale, al quale era stato affidato il compito di svolgere un'attività di "agente provocatore", che Egli ha introdotto traendo spunto dalle parole del Presidente emerito delle SS. UU. Civili Dott. Luigi Rovelli.

Nella giornata precedente, infatti, il Dott. Rovelli aveva ricordato il pensiero di Hans Kelsen, che ha consentito una interpretazione storico scientifica, e, perché no?, polemica nella quale Carassale, suscitando un qualche interesse, nel ripercorrere gli studi della Scuola Genovese di Giurisprudenza, ha cercato di ricondurre il Giudice alla funzione costituzionale di organo terzo, equidistante dalle parti, pur essendo oggi portato a considerare "il danno" nella sua entità ontologica come convitato di pietra nella valutazione della causalità materiale sotto il profilo della struttura, anticipatorio del profilo funzionale della medesima.

Non è stato possibile conoscere se a cagione dell'ampiezza delle questioni; ovvero della prevalenza tout court di una policy decisionale; ovvero ancora per l'insignificante (o troppo significativo?) valore del problema, tali provocazioni, nella limitatezza del tempo, hanno prodotto un non esaustivo ri-

scontro, oltre alle attente argomentazioni del Dott. R. Braccialini.

Seppur insolito, è parso, quindi, non sconveniente riproporre alla stimata Magistratura genovese, confidando in un dialogo "tra compagni di viaggio" che quotidianamente si incontrano, sotto la regia dell'art. 111 della Costituzione nella interpretazione dei valori giuridici.

### 2.1. Contributi letterali e filosofici.

Lo studio della sociologia del diritto, presumibilmente, sorge dall'esame della Società e della Natura, che porta l'interprete a privilegiare la vita sociale in un sistema di regole che descrivono l'effettivo comportamento umano: il che è come dire che la sociologia descrive il diritto in termini di "regole reali" e non di regole del "dovere essere", cioè di "regole di carta". Senza comprendere bene i contrapposti orientamenti, un giovane studente si è confrontato sia con la teoria generale del diritto, sia con quella della sociologia, senza ben percepire che il Docente proponeva un bilanciamento tra le due posizioni. Diventato più esperto, quel giovane, si è confrontato con le due posizioni ed ha financo intuito cosa possa essere, o sia stata, la giurisdizione che nella vicenda congressuale lo ha impegnato nella richiesta veste di "Guastatore", vale a dire di Agente provocatore.

Manzoni dà la sua nota descrizione nella storia della colonna infame; Sciascia nel "Contesto" riferisce che il Giudice ipotizza che la sua decisione sia come la "transustanziazione".

E con un passo indietro, Adam Smith descrive un rapporto simpatetico tra l'interprete... la vittima, tanto che la simpatia (il soffrire insieme) diviene sistema di interpretazione per il tramite della capacità di ogni uomo di provare interesse per un altro.

La simpatia, cioè, non deve confondersi con l'altruismo, né con l'egoismo, ma è quel sentimento che ci permette di metterci per mezzo dell'immaginazione al posto di un altro.

Di conseguenza, le stesse regole sociali non possono che spingere ad un modello di solidarietà e di integrazione sociale.

In altre parole, come ben spiegava il docente Luigi Bagolini ne "La simpatia nella morale e nel diritto", l'interprete giudica un atto mettendosi per il tramite della immaginazione nella situazione dell'altro, pur rimanendo spettatore imparziale.

Il compito, in effetti, sembrerebbe essere molto arduo.

Nella avanzata età quel giovane ha avuto occasione di approfondire alcune problematiche incisivamente esposte in una pregevole monografia che ha posto in secondo piano il pur celebre lavoro del suo primo Maestro, Pietro Trimarchi.

L'illustre Autore (id est Giacomo Travaglino ne "La questione del nesso di causa" - Ipsos 2013), dopo aver comunicato a tutti che della causalità ognuno di noi ha notizia, ma che il legislatore si guarda bene dal definire, ritenendola, nella sostanza, un dato presupposto, la analizza ricordando i lavori di altri illustri autori (Trimarchi, Pucella, Antolisei, Mengoni, oltre ai celeberrimi Von Kries e Von Buri, ecc ecc).

Ricorda, quindi, anche le regole positive e, forse "simpateticamente", ricollegandosi alla giurisprudenza sociologica, richiama L'Etica Nicomachea di Aristotele, vale a dire la giustizia del caso concreto perché "il giusto va oltre la legge scritta, così che occorre badare non alla legge, ma al legislatore; non alla lettura della legge, ma allo spirito del legislatore".

Travaglino analizza, quindi, con grande puntualità la causalità sia nel suo aspetto strutturale, sia nel suo aspetto funzionale. La sintesi della conclusione delle regole causali di struttura non può essere l'enunciazione di un nuovo criterio, ma le regole nel loro insieme, e così, seguendo i principi del codice penale, possono ritenersi, oggi, regole causali di struttura quelle della re-

golarità causale, integrate, se necessario, da quelle del rischio tipico, a sua volta coniugate con quelle dell'ambito di protezione delle norme violate, ovvero con la adeguatezza della condotta al danno: tutte silenziosamente collocate accanto al convitato di pietra della allocazione del danno, anche se questo sarebbe una realtà di tipo non causale.

La causalità delineata sotto il profilo della funzione è approdata al più probabile che non, che mi ha visto (caso ASL n.4 Chiavarese / P. - sentenza n. 21619/2007 - Est. Travaglino, molto felicemente per la realtà del caso singolo, come ha ricordato Massimo Franzoni in un recente Convegno di Torino), quale prima vittima processuale (pur senza subire danno) e che mi trova (in astratto) del tutto concorde, poiché come aveva ricordato già Aristotele, si assume la regola probabilistica di quello che normalmente accade.

## 2.2. Il Giudice: spettatore imparziale?

L'insieme, tuttavia, lascia alquanto perplessi, perché la correttezza del caso singolo conduce a dovere/potere considerare la giurisprudenza nell'insieme delle due componenti come una "profezia dall'esito molto incerto".

E, quindi, dopo la lunga premessa, essendo il relatore del convegno Pres. Dott. Travaglino anche l'estensore della sentenza n. 21619/2007, la funzione di "agente provocatore" era pienamente in termini e la stessa, ovviamente, non può prescindere dal richiamo alle regole costituzionali, poiché siamo tutti uguali, ognuno di noi gode di diritti inviolabili, come è scritto nei principi fondamentali, che trovano il loro corrispondente operativo nell'art. 111, 2° comma della costituzione, allorché si stabilisce come regola fondamentale che ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale: norma che all'evidenza disciplina anche il giudizio civile risarcitorio/riparatorio.

Dal che consegue che il giudicante è il Giudice di entrambe le parti, non della sola ipotetica vittima, ma anche e soprattutto che la visione sociologica deve essere confrontata con la quotidianità del vissuto e le risorse non sempre ottimali. Se non valgono le regole di carta Kelseniane, quelle sociologiche devono essere valutate a tutto tondo.

La casistica, quindi, serve per scrutinare la bontà della visione di chi ritiene possibile (doveroso? necessario? indispensabile? ...) mettersi nei panni di... rimanendo, tuttavia, spettatore imparziale: una sorta di sociologia "virtuale" del processo.

Forse perché ai relatori del convegno veniva anticipato che una risposta limitata "al caso singolo", correlata alla correttezza o meno della decisione del "decidente" non era appagante, sta la ragione dell'ampia elusione del quesito, "oggi in attesa di espansione".

Valutiamo, quindi, qualche campionatura affidata ai ricordi nella lunga militanza alla difesa di Enti pubblici o di Società per tanti lustri.

I ricordi dovrebbero essere ancora nitidi.

Nell'ipotesi negativa, mi scuso sin d'ora per eventuali, e sempre possibili, imprecisioni.

Innanzitutto voglio premettere la mia antica e profonda stima nei confronti di tutto il Corpo Giudicante: intendo muovere un dialogo per la parte affidatami, che ripropongo in questa sede, ma quanto scrivo rappresenta una mera campionatura. Ovviamente non tutte le controversie sono milionarie né tutte le questioni sono bagatellari da meritare l'intervento delle SS.UU. di San Martino.

Hanno, però, la loro dignità che, purtroppo, si deve confrontare con i costi del processo... e questi con la pietas, sempre presente... pure a fronte del recente intervento normativo sulle spese di lite.

Alla difesa del Comune di Genova non mi sono state sempre affidate questioni approdate al più probabile che non della

penosa vicenda ASL n. 4 Chiavarese / P. (Cass. n. 21619/2007), ma ho vissuto esperienze interessanti che coinvolgono le premesse; eccone alcune:

- a) La Sig.ra Rossi scrive personalmente al Sig. Sindaco di Genova di essere "inciampata" in una buca. Dopo 4 anni il suo difensore, in citazione, scrive che la stessa Sig.ra Rossi è caduta, non per la buca, ma perché una mattonella era basculante, in una via vicino al negozio, ma mai percorsa (!). La figlia, unica teste, conferma non la versione scritta dalla madre, ma quella del legale...
- b) Il Sig. Ugo rilascia una dichiarazione testimoniale dattiloscritta, scrivendo: io sottoscritto xxx dichiaro ..... Successivamente le xxx vengono completate a mano con il nome Ugo che sottoscrive. È questa l'unica prova, perché prodotta e confermata in causa da Ugo. Al quesito del difensore, che almeno dovrebbe essere spiegato perché il teste non sapesse come si chiamava quando ha compilato la dichiarazione, nessuna risposta, ma: "sentenza breve a tenore dell'art. ....", che poi finisce in un concorso perché l'asserita voragine da cui sarebbe derivato il danno era imponente e visibile da molto lontano. Ugo, quindi, alterna amnesie a lucidi intervalli.
- c) Nel conflitto giurisprudenziale "le buche" di ampiezza molto rilevante, visibili anche da oltre 20 - 30 metri, da taluno sono valutate come fonte di responsabilità esclusiva dell'Ente, anche se en plein air; altre superabili con una modesta autodeterminazione, ovvero con un insignificante atteggiamento della vita e, quindi, con esclusione di responsabilità. Non manca poi la via mediana. E poi, perché l'autodeterminazione (violata?) è fonte di risarcimento, mentre quella non utilizzata diviene insignificante?
- d) Una liberatoria acquisita direttamente dal soggetto intervistato per una indagine televisiva sulla tutela di soggetti anziani, ma forse fragili, o con qualche problema di solitudine, viene ritenuta inutile pur senza alcuna indagine sulla contestata (inesistente) incapacità naturale al momento della firma, debitamente eccepita e mai provata e neppure dedotta.
- e) In simili ed altri casi, la mera esistenza di una polizza stipulata da un assicuratore, senza valutare se era assicurato il rischio della trasmissione televisiva, o quello della sanità, ovvero quello di un appalto, è stato sufficiente per provocare una sentenza di condanna alla garanzia (c'è una compagnia di assicurazione in causa? allora paghi: assurance oblige!).
- f) Lo sbilancio si percepisce anche nella valutazione delle prove, allorché Magistrati che godono della stima di tutti per la loro eccezionale professionalità e che hanno personalmente escusso i testimoni (e non con affidamento della fase ad altri), ritengono poco consoni quelle testimonianze che altre volte in Corte, con la valutazione di altra mano, diventano fonte di assoluta certezza valutativa.
- g) Che dire, ancora, allorché forse non viene neppure percepito correttamente il discrimen tra eccezioni di merito in senso proprio e mere difese, soprattutto quando si discute di clausole dello stesso contratto di assicurazione prodotto da entrambe le parti. È così difficile rintracciare cotale distinzione in qualsiasi, anche risalente, decisione della Cassazione? Il Tribunale la aveva colta con estrema facilità da parte di autorevole Magistrato ordinario.
- h) Che dire, infine, della totale carenza di qualsiasi motivazione sulle argomentazioni difensive delle parti che in materia conducono ad opposte soluzioni, come deciso dall'attento Tribunale?

Quando sono svolte in via difensiva le difese processuali probabilmente non piacciono: vanno eluse?

Ho difeso l'Ente proprietario di strade per anni e gli esempi possono moltiplicarsi, e rimoltiplicarsi ancora.

Avevo anche ipotizzato di redigere un pamphlet con il quale volevo chiosare su come erano valutate situazioni identiche e con identiche difese, ma con decisioni contrastanti l'una con l'altra, se non totalmente contraddittorie.

Ovviamente, l'uniformità dei giudizi era una labile speranza, ed un mio prudente ed autorevole Amico mi ha dissuaso dalla poesia.

Anche nella responsabilità di medici ed Enti si possono proporre valutazioni analoghe, ovvero omogenee situazioni: si confonde talora anche la morte da Klebsiella con quella da listeria.

Talvolta viene anche riconosciuta una personalizzazione per una lesione scarsamente significativa, lamentata da un soggetto che, a tacer d'altro, aveva già richiesto un pensionamento all'INPS per la medesima situazione, ma prima ancora che la rottura di un impianto ortopedico provocasse una peraltro modesta lesione.

I principi di correttezza indicati dalla L. 24/2017 dovrebbero gravare anche sulla vittima.

E ciò senza trascurare l'insegnamento di Cass. n. 7513/2018, Pres. Travaglino, Est. Rossetti, a tenore della quale nella valutazione c.d. biologica è già compreso tutto il danno "salvo conseguenze anomale ed affatto peculiari".

Perché tale concetto spesso non piace ai Giudici di merito? Ed in conclusione, il primo quesito che andavo, ed oggi torno, a ripetere nella citata veste era, ed oggi è, quindi, molto semplice: "possiamo affermare che sia veramente terzo il Giudice che ritiene di mettersi nella posizione della vittima, pur cercando di rimanere uno spettatore imparziale, situazione equivalente al doversi gestire al fianco del convitato di pietra nella allocazione del danno?"

### 2.3 Causalità adeguata o uso inadeguato della causalità?

Un secondo tema di indagine che offro in comunicazione, confidando in una valutazione, che pur rientra nella linea costituzionale, ha natura squisitamente monetaria ed attiene ad aspetti quotidiani del contenzioso in materia risarcitoria.

Il più semplice, come percezione del problema, è quello della causalità adeguata, in correlazione alla causalità incerta.

Soprattutto nelle cause per epatopatie (pur sempre ricorrenti nonostante la L. 210/1992) sono individuati possibili veicoli di contagio: dentista, callista, piercing, relazione sessuale, siringa infetta urtata per strada, scambio di siringa, scambio di spazzolino ed anche la trasfusione ematica.

Si ipotizza abitualmente che le prime possano avere una ipotesi di probabilità, che taluno (forse errando) definisce chance, del 6%, mentre la trasfusione, senza particolare spiegazione, si dice che assurga al 40% di probabilità: e così scrive anche G. Travaglino, nella splendida monografia "Sulla questione dei nessi di causa".

Il Giudice è terzo (e prima ancora anche il CTU che è, però, legato alla vittima da un rapporto parimenti simpatetico: con il compianto mio fraterno Amico Avv. Mario Solaro, discutendo amabilmente, ci confidavano che la scelta del CTU era spesso già significativa della soluzione tecnica del caso) ed è, o dovrebbe per definizione essere, equidistante dalle parti.

È, quindi, Giudice anche dell'ipotetico obbligato con il quale, però, non simpatizza nel senso citato.

Viene, quindi, spontanea la domanda: perché a fronte di una causalità che è adeguata al solo 40%, l'obbligato deve pagare il 100% e cioè anche il 60% che è certamente non adeguato? Decidendo in difformità dalla sentenza n. 975/2009 della Cassazione, la Suprema Corte, con la decisione n. 15991/2011, con-

correndo la causalità umana con la causalità naturale, affermava che la causalità "pro quota", condivisa dalla decisione n. 975/2009, non era coerente con l'orientamento.

Peraltro, il Giudice di merito poteva/doveva ridurre il danno (ma non necessariamente in percentuale perfetta) in via equitativa per un ritenuto caso fortuito (id est la causalità naturale, nella selezione dei danni tipica della causalità giuridica).

Via equitativa, però, non vuole solo dire che bisogna aumentare o riconoscere.

Può voler anche dire che si può ridurre, soprattutto nell'incertezza, ovvero nella certezza di un 60% di possibilità negative che contrastano un risarcimento, non sussistendo causalità con il danno.

### 2.4 Tipologia di danno o visione simpatetica del danno?

La seconda indagine monetaria che propongo trae la sua rispondenza oggettiva nelle relazioni medico legali che, nella pratica giurisprudenziale, conducono a valutazioni, in ipotesi, erranee.

L'opinione che richiedo di esprimere non è né di politica giurisprudenziale (che è sempre in agguato), né di prassi, né di ingegneria giuridica (o sociale) come talora scrivono autorevoli Magistrati... in danno della "ambita preda risarcitoria". A mio giudizio, l'intuizione del c.d. "danno differenziale" trasportata dalla normativa INAIL, ove ha valore esclusivamente economico/monetario, all'indagine legale o medico legale appare poca consona.

Non mi permetto di dire che è errata, dico solo che è non consona, non convincente.

Se è certamente vero che tutto il danno deve essere riparato, ma nulla più del danno (come del resto incisivamente spiegano anche i lavori scientifici, oltre alle decisioni scritte, di Marco Rossetti e del Collegio della 3<sup>a</sup> Sezione della Cassazione; domanda, ma quanto sono amati i Giudici della Cassazione da quelli di merito?) e se è, quindi, vero che il danno non riparato dall'INAIL deve gravare "in via differenziale" sul responsabile è, anche, e soprattutto, vero che l'obbligato non deve rispondere più di quanto ha provocato, neppure ricorrendo alla "solidarietà civile", o sociale, che è cosa ben diversa dai principi dell'art. 1292 c.c., e che danno pur sempre un diritto al regresso.

Tizio ha di per sé una lesione che già lo rende invalido al 30%. Una malpratica provoca ulteriori conseguenze, non concorrenti, non coesistenti, che rende "la vittima" ancora più invalida.

È comunemente affermato e deciso che della invalidità complessiva, ipotizziamo il 50%, risponda il "malpratico", dedotto dal montante, in progressione geometrica secondo le tabelle milanesi, il minuendo pari al 30%.

Col che vengono identificati valori non omogenei che la criteriologia medico legale non ha ben chiarito, ma che, nella applicazione comune conducono a valori non consoni.

Nel nostro caso, in adozione delle consuete tabelle, il responsabile del 20% dovrebbe risarcire molto di più dell'originario 30%. Il legislatore è muto sul punto.

I nostri consulenti si adagiano sull'aspetto simpatetico del danno differenziale con i costi che ne derivano, poiché il Magistrato di merito, come amabilmente riferisce sempre Giacomo Travaglino, diventa non *peritus peritorum*, ma *servus peritorum*...

E talvolta anche la Suprema Corte aderisce senza ancora aver reso una valida o vigorosa motivazione.

Inoltre, motivare affermando che una volta "l'ha detto la Cassazione" non è certo una argomentazione appagante.

E gli assicuratori motivatamente fuggono dal mercato...

La scienza medico legale generale e la giustizia del Magistrato terzo, cosa ne pensano?

È sempre corretto cercare di mettersi nella posizione del danneggiato?

È sempre possibile riuscire ad essere solo “spettatori”?

Non è detto, inoltre, che ci sia sempre un assicuratore ad essere obbligato: anzi, è ben noto che oggi fugge dal mercato non obbligatorio.

E se l'ipotesico obbligato fosse un Giudicante financo liberato dai modesti impegni risarcitori della L. n. 117/1988 e segg?

A tacere d'altro, il ritardo in un provvedimento sulla famiglia potrebbe recare danni incalcolabili, psichici, biologici o peggio.

Un provvedimento totalmente erroneo potrebbe recare un danno biologico: è solo questione di prova che in via medico legale non è mai cosa impossibile.

Claudio Viazzi presiede il Comitato Regionale nell'autoassicurazione (le cosiddette analoghe misure dell'art. 10 della L. 24/2017) degli Ospedali, e ben sa che ogni somma che il Fondo paga è la sottrazione di un capitale ad un servizio pubblico essenziale, in una sanità che pare sempre più disastrosa, ma che è sempre (o quasi sempre) gratuita... ma che darebbe vita ad un contratto.

Per contro, ponendo mente allo Stato-soggetto (mai al Giudice, sia ben inteso), pagare vari contributi unificati per chiamate dirette, in rilievo, in garanzia, riconvenzionali, oltre al 3% della imposta di registro sul liquidato (a che serve oggi la registrazione?) è poi pari al nulla?

Volendo fare un parallelismo tra differenti servizi che lo Stato rende al cittadino, emerge - ma non si spiega il perché - un quadro non omogeneo, o non sovrapponibile.

Non pago la sanità: dò corpo ad un contratto, ieri per “contatto sociale” ed oggi per scelta normativa.

Pago tanto allo Stato-soggetto per il servizio giustizia: nulla deriva? È Corretto tutto ciò? È così nella Carta Costituzionale?

Il danno va riparato equitativamente, ma un danno differenziale può tradursi in un eccesso che può inquinare il sistema. E ciò anche senza discutere di un danno “differenziale” ad un soggetto di 70/80 anni che è già ampiamente invalido di per sé e che porrebbe a carico del responsabile anche parte della condizione menomativa che già esisteva prima: ciò è ictu oculi sproporzionato ed inadeguato.

Eppure, in senso più generale (vedi Dizionario Treccani) il termine “equità” è usato come sinonimo di *giustizia*, non in quanto sistema astratto ma in quanto norma seguita costantemente nel giudicare, nel governare, nel trattare ognuno secondo i meriti o le colpe, con assoluta imparzialità.

L'esperienza concreta dimostra, però, che la tendenza è quella di utilizzarla pressoché sempre in senso più benevolo per la “vittima”: è veramente equità, dunque?

## 2.5 Il potere degli Organi Giudicanti ed il difficile equilibrio.

La Suprema Corte spesso indica la via che il Giudice di merito dovrebbe seguire: talvolta indicava anche un decalogo comportamentale.

Lo ricordano anche oggi le SS.UU. con l'odierna decisione 22/07/2019 n. 19681 (Pres. Mambone, Est. Cirillo).

Vale quindi solo per i giornalisti nel conflitto interpretativo tra gli artt. 2, 3 e 21 della Costituzione...???

Solo per loro?

Perché?

Esistono, peraltro, situazioni nelle quali quel “favor” (o sentimento simpatetico), di cui ho parlato agli esordi, verso il richiedente si manifesta operativamente con omissioni, provvedimenti istruttori o decisioni che lasciano inquietudini. Qualche decalogo non sarebbe utile anche quando si tratta di rendere un servizio di giustizia?

Oggi è fatto obbligo per la procedibilità della domanda risar-

citoria nei confronti del “malpratico” introdurre una attività propedeutica per il tramite di una mediazione o di un ATP ex art. 696 bis c.p.c. in funzione della conciliazione.

Il legislatore ha così inteso di sperimentare una via rapidissima ex art. 8, 3° comma, L. n. 24/2017 (della quale talvolta il Giudice si dimentica), per la soluzione della responsabilità medica, dando per scontato:

- a) che il paziente abbia sempre ragione;
- b) che esista un assicuratore d'obbligo, senza imporlo alle imprese di assicurazione.

Verificandosi tale presupposto, considerando che la mediazione obbligatoria serve al nulla, gli effetti sostanziali e processuali decorrebbero dal deposito del ricorso per ATP ex art. 696 bis c.p.c.

Peraltro, è notorio che, pur con la legge n. 24/2017 se, nella quasi normalità dei casi, è stata “alleviata” la posizione del medico dipendente, che è obbligato solo per i danni recati con “colpa grave” (anche se non è sconosciuta l'ipotesi del paziente che si ritiene offeso e che, quindi, intende aggredire il solo sanitario) purtuttavia il carico degli oneri probatori è rimasto inalterato. Ed oggi, con la scelta (finalmente) legislativa (e non giurisprudenziale) della (pur discutibile) responsabilità contrattuale, l'Ente (= Struttura) deve dimostrare la esattezza della prestazione.

Accade che, proposto un ATP ex art. 696 bis c.p.c., quale atto preliminare indispensabile (che il legislatore ipotizza essere sempre favorevole alla “vittima” anche sulle spese: grave eresia!!) accada che il Giudice (simpateticamente?) recepisca i soli quesiti proposti dal ricorrente e non quelli di parte resistente che, inevitabilmente, eccipisce la nullità/invalidità/non completezza del procedimento di ATP e dell'ordinanza, per violazione della parità del contraddittorio, in correlazione agli oneri probatori. Nella valutazione della condotta dei sanitari (medici ed Enti) si parla di “linee guida”; di buona pratica clinico assistenziale; di raccomandazioni; ecc ecc”.

Nel perdurante silenzio del legislatore, non possono i Massimi Organi giudicanti, ovvero i Dirigenti degli uffici, fornire le linee guida per una utile (ed uniforme) gestione della procedura preventiva che, altrimenti, avrà gli stessi risultati della mediazione obbligatoria.

Vale a dire il nulla!

Momento di sintesi.

È noto il difficile equilibrio tra indipendenza e responsabilità; tuttavia, il Giudice è soggetto solo alla legge: ci si domanda perché spesso la legge non sia la medesima, cioè perché sullo stesso caso singolo ci siano tante leggi “concrete”, vale a dire difformi decisioni.

Qualche volta, anche in senso contrario al risalente orientamento della Suprema Corte, ma senza motivare il perché del contrasto, o con motivazioni giuridicamente non convincenti. L'attività interpretativa è certamente discrezionale, ma dovrebbe coniugarsi sempre con la coerenza.

Un “decalogo” potrebbe aiutare a rendere l'attività interpretativa del Giudicante realmente uniforme ed equidistante, in quanto meno “simpatetica” e meno incline alla pietas del caso concreto.

Sia in quella sede congressuale, sia in questa, è così cessata e cessa la mia attività provocatoria, con alcuni quesiti... che sono tuttora in attesa di espansione e che sono oggi riproposti ai compagni di viaggio dell'avvocatura.

Con perfetta stima.

P.S. 3) Proprio in questi giorni la 3<sup>a</sup> Sezione della Suprema Corte, con sentenze “casualmente” pubblicate il giorno di S.Martino, ha affrontato alcuni dei temi proposti. Ne ripareremo, confidando in un dialogo stimolante.

## Posizione processuale e tutela della donna: riflessioni intorno all'actio rei uxoriae.

**Luca Ingallina**

Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche e  
Assegnista Diritto Romano e Diritti dell'Antichità  
Università degli Studi di Milano-Bicocca

**Sommario:** 1. Libertà e potestà: il diritto romano e le recenti riforme normative. - 2. L'imposizione del matrimonio nel diritto romano. - 3. Doveri di mantenimento? - 4. La fine del matrimonio e l'actio rei uxoriae. - 5. Note processuali sull'actio rei uxoriae. - 6. Le retentiones: locus e ratio. Il rapporto con le exceptiones e la compensatio.

### 1. Libertà e potestà: il diritto romano e le recenti riforme normative.

Si svolgono qui alcune considerazioni sulla figura femminile in ambito processuale romano, mediante qualche rapido cenno all'azione finalizzata al recupero del patrimonio dotale. Nell'ambito della famiglia romana, il rapporto coniugale è strutturato in modo complesso e, nel momento in cui si prova a tracciarne le caratteristiche essenziali, ci si trova di fronte ad elementi inaspettati e, soprattutto, in continuo mutamento. È di certo semplicistico postulare che la posizioni di marito e moglie siano principalmente connotate da asimmetria e che la posizione della donna romana, anche e soprattutto nell'ambito del matrimonio, sia svantaggiata e che subisca in ogni caso la prevaricazione del marito.

Vero è che vi sono condotte che vengono valutate in modo diverso a seconda dell'autore; la donna che tradisce commette un illecito così grave da richiedere l'intervento dell'ordinamento, quindi della collettività, congiuntamente a quello del marito stesso e del di lei *pater*. È noto come, in alcuni casi, la moglie che, *constante matrimonio*, abbia avuto una relazione con uomo diverso dal proprio marito possa persino essere messa a morte o, comunque, subire conseguenze significative anche sul piano patrimoniale. Il marito che tradisce generalmente può, al contrario, non subire conseguenze e, in alcuni casi, neppure censure.

Alcuni stereotipi vanno tuttavia superati attraverso una attenta e scrupolosa analisi delle fonti, da compiersi in ottica diacronica e a-dogmatica.

Vi sono infatti temi che conoscono una evoluzione giurisprudenziale dovuta al cambio della mentalità e dei costumi che richiedono una diversa - o, almeno, più prudente - valutazione della posizione femminile. Dall'età classica in avanti i giuristi si interrogano ad esempio sul ruolo e sulla rilevanza del consenso femminile in relazione al matrimonio. Ciò non deve stupire, atteso che, prima di allora, il vincolo nuziale veniva deciso - e quindi imposto - dal *pater familias* a scapito della volontà reale della diretta interessata (1). Si trattava di una imposizione che passava attraverso la rigida impostazione patriarcale della *familia romana* lontana nel tempo, ma, allo stesso tempo - e per alcuni aspetti - attuale, come dimostra il fatto che il legislatore sia dovuto intervenire, oggi, con una riforma specifica del diritto penale, anche attraverso l'introduzione di 'nuove' fattispecie delittuose, tra le quali emerge proprio la *costrizione al matrimonio*; il comma primo dell'art. 7 della Legge n. 69 del 19/07/2019, (in vigore dal 09/08/2019), inserisce infatti l'art. 558 *bis* del Codice Penale (2), rubricato '*Costrizione o induzione al matrimonio*'.

È opportuno evidenziare, in particolare, le espressioni: *con abuso delle relazioni familiari* [...] o *dell'autorità derivante dal-*

*l'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia*, che pongono in risalto specialmente il ruolo di chi, nell'ambito di un contesto familiare, esercita un potere, *rectius* una pressione psicologica, facendo leva ancora sulla *potestas* di padre, o, comunque, sulla posizione che gli consenta l'esercizio di un potere fisico-psicologico su un soggetto particolarmente connotato da debolezza o sudditanza psichica.

### 2. L'imposizione del matrimonio nel diritto romano.

In ambito romanistico è altresì noto come non solo il *paterfamilias* potesse promettere la propria figlia in matrimonio con un terzo, che poteva essere il fidanzato stesso o il di lui *pater*, qualora la giovane fosse ancora sottoposta alla *patria potestas*, ma anche la madre o il tutore della donna (3) potessero assumere decisioni 'vincolanti' per chi si trovava passivamente costretto ad una relazione coniugale non voluta, né desiderata. Il rapporto potestativo, parentale o, nel caso del tutore, derivante dal *munus*, rappresentavano una pressione psicologica così forte da viziare il consenso che la nubenda avrebbe poi manifestato al momento effettivo delle nozze. Anche se la promessa matrimoniale veniva formulata in prima persona, lo *sponsor* si trovava giuridicamente vincolato in forza di un negozio che, se inadempito, comportava conseguenze di natura giuridico-processuale.

Di tali costrizioni si parla ancora in età severiana, quando i giuristi si trovano a dover rimarcare la sussistenza di principi generali di libertà matrimoniale (4): è in particolare Paolo ad esprimersi con espressioni di ampio respiro: *quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta* (5). Ma già in età classica alcuni giuristi si soffermano sull'importanza del consenso della fanciulla in relazione al proprio matrimonio (6).

In ogni caso, è nell'ambito della relazione coniugale già instauratasi che ci si vuole soffermare per valutare la posizione della donna; in questa sede, in particolare, si svolge qualche considerazione sul concetto di ripetizione della dote e sulle sue implicazioni, toccando anche il tema del cd. 'obbligo alimentare'. Con riferimento all'ordinamento romano, non è tuttavia possibile parlarne in questi termini; pare invece più appropriato riferirsi ad un onere indiretto che fa capo ad entrambi i coniugi (7); per la precisione «l'onere di provvedere al sostentamento e al mantenimento reciproco (8)», che maggiormente sembra gravare sul marito, indipendentemente dal fatto che il matrimonio sia *cum* o *sine manu*. La violazione di questa incombenza, in un primo tempo, comportava la vendetta privata della famiglia della moglie, successivamente determinò l'intervento dell'ordinamento.

### 3. Doveri di mantenimento?

Potrebbe altresì stupire la sussistenza di oneri assistenziali che incombono su quel soggetto che, nell'ambito della *familia*, sembra essere titolare di un diritto 'assoluto' e che trova massima espressione nel *ius vitae necisque* (9) nei confronti dei suoi sottoposti; la dottrina si è altresì occupata del confronto tra lo *ius exponendi*, ovvero il diritto del *pater* di non accettare il figlio appena nato entro la famiglia e la sussistenza di un 'obbligo alimentare' (10), giungendo ad ammettere la coesistenza - seppur momentanea - dei due istituti.

Verso la fine dell'età repubblicana e, certamente, in età classica, qualora, nell'ambito di un matrimonio che ha comportato la *conventio in manum* per mezzo della *coemptio*, il marito non ottemperasse al dovere di sostentare e provvedere alla moglie, quest'ultima poteva divorziare per giusta causa costringendo altresì il marito a liberarla dalla *manus* e a restituirle quanto trasferito a titolo di dote.

Con riguardo al divorzio, le poche fonti a disposizione con-

sentono tuttavia di supporre che, in una fase iniziale, i figli rimanessero - in ogni caso - affidati al *pater familias*, tenuto ad ogni onere assistenziale ed educativo e che la madre si limitasse ad allontanarsi dal nucleo familiare (11). Successivamente l'ordinamento romano si pone il problema di soluzioni alternative, maggiormente orientate ad assecondare le esigenze ed il benessere della prole (12). In qualche caso si predilige l'affidamento alla madre, alla quale tuttavia sembrano competere i soli obblighi di cura ed educazione, residuando il dovere di mantenimento della prole in capo al padre (13). L'intervento dell'ordinamento romano era incisivo anche laddove sussistessero accordi privati tra coniugi, la cui rilevanza era comunque oggetto di monitoraggio; l'accordo doveva infatti consolidare e cristallizzare l'esistenza di una *causa iustissima* che costituisse una deroga alla regola generale dell'affidamento al *pater*. Col tempo tali patti assumeranno la connotazione di eccezioni alla 'regola' e, con Diocleziano (14), il giudice del divorzio sarà investito del potere di decidere anche sull'affidamento dei figli.

Il tema dell'affidamento e del mantenimento dei figli è particolarmente complesso; in questa sede se ne deve tener conto solo con riferimento alla gestione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi al momento del divorzio; nel corso dei secoli l'avvicendamento della normativa consente infatti l'affidamento al padre o alla madre ed il mantenimento a carico dell'uno o dell'altro genitore, secondo criteri di ordine economico, nonché morale (15).

#### 4. La fine del matrimonio e l'*actio rei uxoriae*.

Con l'*actio rei uxoriae* (16) la donna ha la facoltà di richiedere indietro la dote conferita in occasione del matrimonio ed anche tutti quei beni che sono transitati nel patrimonio del marito per effetto della *conventio in manum* (17), trattandosi anch'essi di beni costituenti la *res uxoria*. Il rimedio può essere richiesto non solo nel caso di scioglimento del matrimonio, ma anche nell'ipotesi in cui il matrimonio in vista del quale è stata conferita la dote non sia poi avvenuto; l'azione evita un ingiustificato incremento del patrimonio del marito a scapito delle possibilità economiche della donna, prevenendo quindi una sorta di 'ingiustificato arricchimento' (18).

Secondo una plausibile ricostruzione, già dalla fine del VI sec. a.C., l'*actio rei uxoriae* venne applicata non soltanto nell'ambito del divorzio ma anche in caso di morte del marito<sup>19</sup>.

Si trattava di un'azione 'di diritto di famiglia', nata probabilmente *in factum* (20) ed evoluta in formula *in ius* (21), *civilis* ed *in personam*, forse di produzione giurisprudenziale (22), concepita poi *in bonum et aequum*, ovvero connotata da un giudizio di equità che è rimesso al prudente apprezzamento del giudice privato (23), munito della più ampia discrezionalità nell'ambito dell'*aestimatio* del *quantum debeatur*, tanto da portare Gaio ad includere l'*actio rei uxoriae* tra gli *iudicia bonae fidei* (24).

La legittimazione attiva spettava alla moglie, qualora la donna fosse *sui iuris*, oppure al di lei *pater* (25), qualora si fosse trattato di *dos profecticia* (26); il carattere personale dell'azione la rese intrasmissibile sul piano attivo (27), ma trasmissibile agli eredi del marito (28).

Vi si può riconoscere un carattere residuale, se si considera che l'azione non poteva essere chiesta qualora il marito avesse disposto in beneficio della moglie un legato adeguato a garantirle un idoneo sostentamento; alla natura residuale si può affiancare anche il carattere eccezionale dell'azione, atteso che, inizialmente, non è neppure possibile che la donna vi ricorra a seguito della rinuncia al legato. L'*actio rei uxoriae* configura così un rimedio di natura assistenziale finalizzato a prevenire situazioni di ingiustizia e sofferenza economica delle donne che, senza colpa, si sono ritrovate prive del sup-

porto economico maritale. Col tempo, tuttavia, la fruizione del legato ed il ricorso all'*actio rei uxoriae* costituiscono un'alternativa che la donna poteva liberamente ponderare; è d'altro canto evidente che il ricorso all'*actio rei uxoriae* poteva evidenziare l'inconsistenza dei lasciti che il marito aveva previsto, *mortis causa*, in beneficio della moglie.

La *ratio* sottesa all'istituto processuale consiste nella volontà di riparare al pregiudizio sofferto dalla donna ingiustamente ripudiata o rimasta vedova, al fine di consentirle non solo un sostentamento adeguato, ma anche la possibilità di garantirsi un nuovo matrimonio, il cui apporto dotale poteva essere costituito proprio da quegli stessi beni recuperati con l'azione. Le caratteristiche processuali dell'azione danno significative informazioni sulla posizione della donna: potrebbe stupire infatti che il potere di ingerenza paterno, forte al punto da poter persino imporre il matrimonio alla propria sottoposta, subisca in questa sede un deciso ridimensionamento: la legittimazione processuale attiva spetta - come detto - alla donna e, in via residuale al *pater* nei casi di *dos profecticia*, ma solo se la figlia vi consente; da questo si evince ancora una volta il carattere personale dell'azione ed il fine personalistico del risarcimento del pregiudizio sofferto: caratteristiche che hanno portato parte della dottrina ad assimilare l'azione in commento all'*actio iniuriarum* (29) finalizzata a compensare la vittima di un pregiudizio morale patito; ed effettivamente con l'*actio rei uxoriae* la donna può agire per ottenere anche la riparazione dell'offesa subita in conseguenza del contegno tenuto dal marito (30).

Portano di certo a riflettere le parole di D'Ancona (31): "[...] neppure al padre, era lecito di violentare questi sentimenti della donna. Inoltre sarebbe stato troppo sconveniente, che con un processo dotale si fosse potuto fare oggetto d'un pubblico dibattimento contro la volontà della donna, l'intima storia del matrimonio e del divorzio". Anche in altre occasioni la giurisprudenza romana ha avuto modo di soffermarsi sulla tutela della sfera più intima della donna, cercando di evitare quei giudizi che avrebbero comportato un'indagine scomoda e sconveniente sulla sua condotta globale. Un problema che i giuristi già si sono posti, ad esempio Quinto Mucio a proposito della *praesumptio Muciana* (32), per la quale tutti gli accrescimenti del patrimonio della moglie avvenuti in costanza di matrimonio si 'presumono' avvenuti - fino a prova contraria - nell'interesse e per conto del marito.

L'ipotesi di un'offesa morale rivolta in danno di una ragazza fidanzata comporta che la legittimazione processuale attiva *ad iniuriarum actionem* sia estesa al fidanzato; secondo una plausibile ricostruzione, anche in quest'ultimo caso, tale legittimazione sarebbe stata pensata per evitare alla donna un giudizio che avrebbe di fatto comportato un'accurata analisi della sua condotta e della sua moralità. La tutela della sfera intima della donna porta, a ben vedere, a risultati processuali del tutto contrapposti. Nell'*actio iniuriarum* conseguente ad un'offesa alla *sponsa* viene prevista una estensione della legittimazione processuale attiva: potrà infatti radicare giudizio non soltanto il padre della fanciulla, ma anche il di lei fidanzato, al fine probabile di evitare alla ragazza un giudizio 'faticoso', nell'ambito del quale la controparte avrebbe avuto buon gioco a dimostrare - con qualunque mezzo - la cattiva reputazione della vittima diretta di *iniuria* (33). La *praesumptio iuris tantum* escogitata da Quinto Mucio evita alla donna un procedimento che potrebbe rivelarsi psicologicamente gravoso; la disciplina dell'*actio rei uxoriae* impedisce che venga radicato un giudizio contro la volontà della diretta interessata che potrebbe non avere interesse all'instaurazione della causa. L'azione in commento dimostra una particolare sensibilità per gli aspetti intimistici, se si accolgono le osservazioni di quella dottrina (34) per cui "doveva riuscire doloroso al padre, che aveva costituito la dote per

la figlia e per la famiglia nascitura dal matrimonio di lei, il vedere rimanere tutta la dote al genero, dopo la morte della donna [...]. Certo che se la moglie morendo lasciava figli, il suocero doveva vedere con piacere, che i suoi nipoti risentissero i benefici affetti del fatto, che il patrimonio del padre loro era stato aumentato dalla costituzione di dote. Altrettanto non poteva dirsi nel caso d'inesistenza di figli". Così come pare di grande attualità la *ratio* sottesa all'osservazione (35) relativa al caso delle seconde nozze del marito: "[...] era cosa addirittura intollerabile per l'ascendente, il vedere la dote da lui data per la figlia e la prole da questa nascitura, andare a favore di una famiglia estranea, che il marito aveva creata ad onta ed in spregio della memoria della prima moglie. Il bisogno di dare soddisfazione agli offesi sentimenti del padre, doveva farsi qui sentire imperiosamente". Si deve osservare che questo tipo di tutela dovette verosimilmente fare i conti con l'atteggiamento favorevole alle seconde nozze, che connotò la politica matrimoniale sino ad arrivare al periodo cristiano; si deve pertanto presumere viepiù il potere discrezionale del giudice privato a cui veniva rimessa la valutazione equitativa dell'*onus restituendi* nella particolare ipotesi di un giudizio radicato per il recupero della *dos profecticia*. Una possibile interpretazione delle fonti (36) consente di supporre che, col tempo, il marito fu tenuto alla restituzione della *dos profecticia* ancorché in presenza di figli e, senza diversa previsione, anche per il matrimonio *cum manu*.

Questi rapidi cenni all'*actio rei uxoriae* consentono di evidenziare una conseguenza della 'colpa' nell'ambito dello scioglimento del matrimonio: quando la moglie o il di lei *pater* sono responsabili del divorzio, il marito avrà la facoltà di trattenere una parte della dote al fine del suo impiego per il mantenimento dei figli; in particolare, nel contesto dell'*actio rei uxoriae*, il marito potrà ottenere una *retentio dotis propter liberos* (37) quantificata per un sesto per ogni figlio e, in ogni caso, per una somma complessiva non superiore ai tre sestili dell'ammontare della dote (38); stando alla testimonianza contenuta nei *Topica* di Cicerone (39), l'istituto sembra essere vigente già in epoca repubblicana e da escludersi nelle ipotesi di matrimoni contratti in assenza di *conubium* (40). Quanto al divorzio in assenza di colpa, cd. *bona gratia*, è possibile ricavare dalle fonti la facoltà per il marito di ottenere la somma corrispondente alla *retentio* con un accordo di natura privata; in pratica il marito poteva subordinare la propria concessione del divorzio alla pattuizione di una somma *propter liberos* da trattenere al momento della restituzione della dote; condizione necessaria era l'esistenza dei figli (41).

Occorre riflettere sulla posizione dei figli: essi non possono fruire direttamente della quota trattenuta dal padre, anche se calcolata sulla base della consistenza della prole; potranno però beneficiarne secondo le norme civili relative alla successione, ovvero a titolo di eredi; questo in quanto il marito è depositario e proprietario delle quote trattenute, pur se onerato moralmente di impiegare le somme nell'interesse dei figli.

### 5. Note processuali sull'*actio rei uxoriae*.

Il processo formulare romano prevede una struttura bifasica; nella fase *in iure*, che si svolge davanti ad un magistrato, si avanzano le pretese e si formulano le eccezioni che confluiscono nel testo della formula; nella seconda parte del procedimento un giudice privato, scelto dalle parti, entra nel merito della questione, istruisce la causa formando il proprio convincimento, mediante il prudente apprezzamento delle prove prodotte dalle parti. Addivene così a sentenza, assolutoria o di condanna del convenuto al pagamento di una somma di denaro (42).

È possibile ricostruire il testo della formula processuale (43): l'*intentio* (44) *certa* (45), in quanto determinata dall'ammontare della dote, presenta la doppia ipotesi: la restituzione dell'intera *dos* o di parte di essa; se si accoglie la tesi di chi

considera l'azione *in bonum et aequum concepta*, la *iunctura* '*quod eius aequius melius erit*' costituirebbe una parte della *condemnatio* (46), ritenuta *incerta* (47), il che desta sicuramente stupore, in quanto, generalmente, si assiste ad una simmetria tra le due parti necessarie della formula (48).

### 6. Le *retentiones*: *locus* e *ratio*. Il rapporto con le *exceptiones* e la *compensatio*.

Occorre soffermarsi sul *locus* processuale della *retentio* e sulla sua identificazione; essa contrasta la pretesa attorea relativa alla restituzione della dote, ma classificarla come *exceptio* non è un'operazione semplice; innanzitutto mancano le fonti che possano consentire di annoverarla tra le *exceptiones*; è poco credibile supporre che, quando l'*actio rei uxoriae* venne concepita *in factum*, la *retentio* potesse operare (solo) come *exceptio doli*, pure in presenza di adeguate circostanze di fatto (49) ed anche plausibile ritenere che, in un primo tempo, la *retentio* non potesse avere luogo nello stesso contesto dell'*actio rei uxoriae*; detto in altri termini, quando l'*actio rei uxoriae* fu concepita *in factum* è pressoché impossibile pensare alla coesistenza di un regime processuale delle *retentiones* quali rimedi da far valere nello stesso procedimento finalizzato al recupero della dote. Successivamente (50), per effetto dello sviluppo giurisprudenziale relativo alla *iunctura* '*quod eius aequius melius erit*', la procedura si articola e il giudice privato è chiamato a decidere in via equitativa contemperando gli interessi in gioco: quello della donna al recupero della dote e quello del marito a trattenere quanto gli spetti, avendo quest'ultimo, *constante matrimonio*, sostenuto delle spese per la gestione stessa del patrimonio dotale. Ed in effetti diverse sono le tipologie di *retentiones* (51): *propter impensas*, ovvero relative a quanto speso dal marito per la gestione del patrimonio dotale durante le nozze; *propter res donatas* (per l'arricchimento della moglie conseguentemente ad una donazione fatta dal marito); *propter res amotas* (per le cose che la moglie abbia sottratto al marito); *propter liberos* (per il mantenimento dei figli); *propter mores* (dovuta alla condotta sconveniente della moglie); tre di esse (*propter res donatas*, *propter impensas*, *propter res amotas*) furono evidentemente concepite in funzione protettiva nei confronti del marito (52). La dottrina (53) si è altresì interrogata sulla relazione tra *compensatio* e *retentio*: in particolare ci si domanda se la somma richiesta dal marito a titolo di *retentio* potesse andare in compensazione con quanto preteso dalla donna nell'*intentio*; la tesi della compatibilità tra *compensatio* e *retentio* muove dalla presenza dell'*actio rei uxoriae* nell'elenco di giudizi *ex fide bona* che compare nelle Istituzioni di Gaio (54) ed ammette che sia il giudice, d'ufficio, ad operare la *compensatio*; sulla base delle stesse premesse si potrebbe sostenere il carattere pleonastico del sistema delle *retentiones*, proprio in quanto assorbito dallo strumento della *compensatio*.

Un secondo ordine di problemi è costituito dal rapporto che poteva sussistere tra *retentio* ed *exceptio* (55): in altre parole è ragionevole interrogarsi sulla forma processuale di proposizione della *retentio*; se si fosse trattato di una *subspecies* di *exceptio*, il suo *locus* naturale sarebbe stato tra l'*intentio* e la *condemnatio*; la proposizione formale sarebbe avvenuta *in iure* con successiva discussione *apud iudicem*; l'onere probatorio sarebbe ricaduto integralmente sul convenuto, nella fattispecie, il marito; se si considera la *retentio* come istituto autonomo se ne dovrebbe immaginare la proposizione in-formale nella fase *in iure* del processo, con ampio potere discrezionale del *iudex*, nella fase *in iudicio*, in ordine all'*an* ed al *quantum debeatur*.

La valutazione equitativa del giudice poteva portare a qualsiasi risultato relativo al *quantum*, tanto che in dottrina si è tradizionalmente osservato che, all'esito dell'esercizio dell'*ac-*

*tio rei uxoriae*, due situazioni apparentemente analoghe avrebbero potuto ricevere un trattamento totalmente differente (56); proprio a questo farebbe riferimento la *iunctura aequius melius*.

Si tratta di un'azione strettamente connessa con la 'persona', legata al suo interesse; con ciò si giustificerebbe non soltanto l'intrasmissibilità attiva, ma anche l'impossibilità che l'azione nascesse in caso di scioglimento del matrimonio imputabile alla morte della donna (57); solo quando l'*actio rei uxoriae* assumerà il carattere di azione patrimoniale anche in quest'ultimo caso il marito sarà tenuto alla restituzione della dote. Unica eccezione è costituita dalla *dos profecticia*: in tal caso anche l'ascendente in linea retta della donna aveva la possibilità di intraprendere il giudizio per la restituzione della dote anche nell'ipotesi in cui le nozze si fossero sciolte per morte della donna.

Il contributo del diritto romano per una valutazione storicamente consapevole e, dunque, più sensibile circa il ruolo e la posizione della donna, deve portare a considerare l'ordinamento di appartenenza quale elemento vitale *in fieri*, in grado di adeguarsi alla realtà in costante cambiamento. La riflessione giurisprudenziale romana ha portato talvolta al superamento di pressioni psicologiche e prevaricazioni ed all'affermazione di principi di libertà, prima fra tutte quella matrimoniale.

Sicuramente si tratta di passi avanti che, come tali, possono essere considerati solo previa attenta storicizzazione ed entro la più corretta visione diacronica.

Un ordinamento antico si è quindi posto il problema del consenso alle nozze, interrogandosi sul valore del consenso della fanciulla; si è preoccupato anche di estendere la legittimazione attiva ad altri soggetti che possano difendere l'onorabilità sessuale della diretta interessata, evitandole un'esposizione in prima persona ed un giudizio invasivo sulla sua sfera morale; ha previsto anche che sia assicurata una capienza patrimoniale che possa assecondare la piena libertà matrimoniale, attraverso una previsione processuale relativa alla restituzione della dote.

Da ciò deve partire una riflessione più consapevole circa il ruolo e la posizione della donna nel mondo antico, al di là degli stereotipi ed anche riguardo alla capacità dell'ordinamento romano di adattarsi alle esigenze in divenire o in mutamento, attraverso meccanismi processuali adatti al più opportuno bilanciamento degli interessi in gioco.

#### Note.

(1) Varro, *l.L.* 6.70-72; Gell. 4.4.1-4.

(2) Art. 7. (Introduzione dell'articolo 558-bis del codice penale in materia di costrizione o induzione al matrimonio). 1. Dopo l'articolo 558 del codice penale è inserito il seguente: «Art. 558-bis. - (Costrizione o induzione al matrimonio) - "Chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

La stessa pena si applica a chiunque, approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia, la induce a contrarre matrimonio o unione civile.

La pena è aumentata se i fatti sono commessi in danno di un minore di anni diciotto.

La pena è da due a sette anni di reclusione se i fatti sono commessi in danno di un minore di anni quattordici.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia».

(3) Sul punto vi sono testimonianze, separate tra loro da un lungo arco

temprale, ma che tuttavia convergono nella medesima direzione: la compressione della libertà di scelta matrimoniale della fanciulla; ad es. Liv. 4.9 riferita ad un episodio del V secolo a.C. e una Costituzione imperiale (C. 5.4.1) di Alessandro Severo e Antonino Caracalla del 199 d.C.; entrambe le fonti riportano un contrasto tra madre e tutori di una fanciulla nell'ambito della scelta del futuro marito.

(4) Sul tema e sulla questione dell'illiceità della *stipulatio poenae* avente ad oggetto il matrimonio o la responsabilità per il divorzio si vedano: D. 45.1.97.2, Cels. 26 *dig.*; D. 45.1.19, Pomp. 15 *ad Sab.*; D. 35.1.71.1, Pap. 17 *quaest.*; C. 8.38.2, *Imp. Alex.* (223 d.C.); D. 45.1.134, Paul. 15 *resp.*; C. 5.4.14, *Imp. Diocl. et Max.*

(5) D. 45.1.134, Paul. 15 *resp.*; trad.: "[...] dal momento che apparve non onesto che qualcuno fosse vincolato dal pagamento di una penale a matrimoni futuri o già contratti". Il frammento merita una breve spiegazione: come detto, per lungo tempo, i padri ebbero la possibilità di stringere accordi e alleanze tra famiglie anche attraverso la promessa matrimoniale avente ad oggetto i propri sottoposti. Si impegnavano a tal fine mediante una promessa formale e solenne che, giuridicamente, vincolava però il solo promittente, ovvero il *pater*. Quindi la costrizione che legava il sottoposto traeva origine nel timore reverenziale verso il padre, verso il suo più incisivo *ius corrigendi*, quale peculiare manifestazione della sua (indiscriminata) *potestas*. Il passo del giurista Paolo da un lato attesta la sorte giuridico-processuale di quegli accordi aventi ad oggetto il matrimonio altrui e, in particolare, quelle promesse di denaro subordinate alla mancata celebrazione delle nozze, dall'altro rimarca un fondamentale e generale principio di libertà matrimoniale. Sul tema generale si vedano *ex multis* P. Voci, *Le obbligazioni romane. (Corso di Pandette). Il contenuto dell'obligatio* I.1, Milano, 1969, pp. 172-178; P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *IURA* 31 (1980), pp. 92 ss., in part. pp. 37-100, ora in *Studi di diritto romano* 2, Padova, 1985, pp. 397 ss., in part. pp. 405 ss.; G. Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, Napoli, 1989, pp. 132-138; R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova, 1994, pp. 42-51; A.S. Scarcella, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI* 66, 2000, pp. 146-164, in part. 146-160; R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, 2014, pp. 52-62; F. Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino, 2014, p. 97. P. Ferretti, *Le forme costrittive della libertà matrimoniale tra mos e ius*, in *AUPA* 61, 2018, pp. 97-122.

(6) Ad es. D. 23.1.11, Iul. 16 *dig.*

(7) Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit. p. 331.

(8) *Ibidem*, p. 331.

(9) Il diritto di vita e di morte che il *pater familias* esercitava sui propri sottoposti, pur con rilevanti limitazioni; in particolare col passare del tempo, l'ordinamento tende a monitorarne l'esercizio persino con drastici interventi: stando a quanto riferisce Papiniano (D. 37.12.5, Pap. 11 *quaest.*), l'imperatore Traiano interviene contro un padre che ha esagerato nel maltrattamento del proprio figlio; per tale colpa viene costretto ad emanciparlo, consentendogli di uscire dalla propria *potestas*: *Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adficebat, coegit emancipare. Quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est. L'imperatore Adriano condanna alla relegatio in insulam un padre che aveva brutalmente ucciso il proprio figlio, dopo averlo accusato di aver commesso adulterio con la matrigna (cfr. D. 48.9.5, Marc. 14 *inst.*: *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*). La fonte citata è tuttavia ampiamente discussa in dottrina, persino con riferimento ai sospetti di interpolazione relativi all'espressione *nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*; sulla fonte, per la discussione e per la bibliografia, si rinvia, *ex multis*, a C. Fayer, *La familia romana* 1, cit., pp. 170-171 e nt. 165.*

(10) Si veda ad es. F. Lanfranchi, *Ius exponendi e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico*, in *SDHI* 6, 1940, pp. 5-69; per il tema generale si veda L. Sandirocco, «*Non solum alimenta praestari debentur*», in *RDR* 13, 2013, [www.ledonline.it/rivistadidirittoromano](http://www.ledonline.it/rivistadidirittoromano), pp. 1-24, con bibliografia.

(11) Tematica complessa, per cui si rinvia ad es. a R. Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, in *AG* 181, 1971, pp. 24 ss.; F. Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, in *Studi in onore di Francesco Guizzi* 1, Torino 2013, pp. 321-334.

(12) Sussistendo una *iustissima causa*, oppure *ob nequitia patris*; D.

- 43.30.1.3, Ulp. 71 *ad ed.*; D. 43.30.3.5, Ulp. 71 *ad ed.*; sul tema e sulle fonti, ad es. Bonini, *Criteri per l'affidamento della prole*, cit. pp. 4 ss.; M.G. Zoz, *Scioglimento del matrimonio: riflessioni in tema di affidamento e mantenimento dei figli*, in *IURA* 56, 2006-2007, pp. 123-135; Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, cit. p. 327.
- (13) Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, cit. pp. 322-323.
- (14) C. 5.24.1, *Imp. Diocl. et Max.* (294 d.C.).
- (15) G. Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR* 73, 1970, p. 338; Fasolino, *L'affidamento dei figli a Roma*, cit. pp. 322 ss.
- (16) Specifico rimedio processuale di età repubblicana, più efficace delle *cautiones*, ovvero promesse con le quali il marito si impegnava alla restituzione della dote; erano sottoposte a condizione che consisteva nello scioglimento del matrimonio e/o a termine che scadeva alla morte della donna.
- (17) Si veda R. D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano. Studio storico-giuridico*, Roma 1972, p. 61 nt. 2.
- (18) Così R. Tofanini, *La tutela della dos e le retentiones: appunti per una ricerca*, Siena 1993, p. 13.
- (19) Così si può desumere da Liv. *Per.* 46 e da Polyb. 18.18.
- (20) Si tratta di un rimedio processuale costruito *ad hoc* per quel singolo caso concreto sprovvisto di specifica tutela processuale; il magistrato, ritenendo la pretesa e la relativa situazione di fatto meritevoli di tutela, concede un giudizio creato appositamente; la reiterazione della tutela processuale comporta poi una consolidazione del rimedio stesso e quindi la cristallizzazione della 'formula'.
- (21) Così ad es. M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, p. 309.
- (22) Ma in dottrina si è discusso se sia stata di costruzione pretoria o legislativa; si veda E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, p. 790.
- (23) Più precisamente, parte della dottrina (ad es. G. Grosso, *Ricerche intorno all'elenco classico dei 'bonae fidei iudicia'*, *iudicium rei uxoriae*, in *RISG* 1, 1928, pp. 39 ss.; J. Paricio, *Estudio sobre las «acciones in aequum conceptae»*, Milano 1986, pp. 97 ss.) classifica l'azione come *bonae fidei*, mentre altri (ad es. P. Thomas, *Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae*, in *NRH* 25, 1901, pp. 541 ss.; B. Biondi, *Iudicia bonae fidei*, in *AUPA* 7, 1918, pp. 178 ss.; G. Ciulei, *L'équité chez Cicéron*, Amsterdam 1972, pp. 8 ss.) sembrano considerare l'*actio rei uxoriae* come *in aequum et bonum conceptae*.
- (24) 4.62; si accoglie il rilievo di Marrone, *Istituzioni*, cit. p. 309; per la ricostruzione del pensiero della dottrina sul punto si rinvia a Tofanini, *La tutela della dos*, cit.
- (25) O all'ascendente paterno; cfr. D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, cit. p. 61 nt. 2.
- (26) Ovvero la dote costituita e conferita dal *pater* della donna; cfr. D. 23.3.79 *pr.*; Gell. 4.3; indipendentemente dalla sussistenza della patria potestas, cfr. D. 23.3.5.11; Ulp. 31 *ad Sab.*
- (27) Ovvero agli eredi della donna; cfr. D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, cit. pp. 61 e 70.
- (28) Si veda Tofanini, *La tutela della dos*, cit.
- (29) A. von Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, Erlangen 1863, p. 80; D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, cit. p. 75.
- (30) Quanto riferito da Papiniano (D. 5.2.8 *pr.* Ulp. 14 *ad ed.*) a proposito della *querela inofficiosi testamenti* è più che significativo, con particolare riferimento all'espressione: *inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim iniuria est [...]*.
- (31) *Il concetto della dote nel diritto romano*, cit. p. 76.
- (32) Cfr. D. 24.1.51 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*); si vedano M.G. Scacchetti, *La presunzione muciana*, Milano 2002, in particolare p. 255; Lamberti, *La famiglia romana* cit. in particolare pp. 135-143; efficace la resa dell'Autrice: [...] *evitandi turpis quaestus gratia circa uxorem* con "allo scopo di evitare una indagine scandalosa nei riguardi della donna". Sul passo E. Stolfi, *Commento. Iuris civilis libri XVIII*, in J.F. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola. Opera, in Scriptores iuris Romani* (dir. A. Schiavone), Roma 2018, pp. 212-214.
- (33) Va comunque segnalato che la questione relativa alla legittimazione processuale attiva in caso di *iniuria* a connotazione morale in danno di una donna suscita da sempre l'interesse della dottrina romanistica; le osservazioni *supra* riportate non escludono di certo che l'estensione della legittimazione precludesse la titolarità in capo alla vittima stessa che, congiuntamente al padre ed al marito - o fidanzato - esercitava l'azione *ad iniuriarum* in via cumulativa, con evidente prova della gravità della condotta posta in essere dall'autore dell'illecito.
- (34) D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, cit. p. 80.
- (35) *Ibidem*, p. 81.
- (36) *Tit. ex corp. Ulp.* 6.4,9-10.
- (37) In generale, in forza delle *retentiones*, al ricorrere di determinate circostanze, nel contesto del procedimento *ex actione rei uxoriae*, al marito si riconosce il diritto di trattenere parte della dote; si tratta probabilmente di una creazione giurisprudenziale; si veda ad esempio Marrone, *Istituzioni*, cit. p. 309.
- (38) *Tit. ex corp. Ulp.* 6.10; cfr. D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, cit. p. 87.
- (39) *Top.* 20.
- (40) Cic. *Top.* 20; cfr. D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, cit. p. 89; si veda Fayer, *La familia romana*, cit. p. 401.
- (41) D. 23.4.2, Ulp. 19 *ad Sab.*: *si convenerit, ut, quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus dos apud virum remaneret, Papinianus Iuniano praetori respondit morte mariti finito matrimonio neque convenisse videri dotem remanere, et, si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit*; D. 23.4.24 Flor. 3 *inst.*: *si inter virum et uxorem pactum est, ut certa pars dotis vel tota ob unum vel plures liberos intervenientes retineatur, etiam eorum liberorum nomine, qui ante nati sunt, quam dos daretur aut amplietur, conventio rata est: nam sufficit eos ex eo matrimonio nasci, in quo dos data est*.
- (42) Per i fondamenti sul processo formulare si rinvia *ex multis* a G. Pugliese, *Il processo civile romano. 2 Il processo formulare* 1, Milano 1963; C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano. 2 Il processo formulare*, Torino 1982.
- (43) C. *Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium Ageriae dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit eius C. Aquilius iudex N. Negidium Ageriae condemnato; si non paret absolvo*. Per cui si rinvia a O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927, pp. 293 ss.; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999, p. 60; prima di Lenel, tentano una ricostruzione K. Czychlarz, *Das römische Dotalrecht*, Giessen, 1870, pp. 365 ss e A. von Bechmann, *Das römische Dotalrecht* 2. Erlangen 1885-1887, pp. 324 ss.
- (44) Parte della formula deputata alla esplicazione della pretesa dell'attore.
- (45) Ovvero a contenuto determinato dalla richiesta attorea.
- (46) Quella parte della formula ove il magistrato indicava al giudice privato i criteri per la condanna o l'assoluzione del convenuto.
- (47) Se si accoglie la ricostruzione di Lenel, *Das edictum*, cit. pp. 293 ss.
- (48) Si concorda qui con Lenel, *Ibidem*: in effetti è più ragionevole considerare l'*aequius melius* come parte di una *condemnatio* che presuppone una pervasiva attività discrezionale del giudice, piuttosto che ritenerlo parte di una *intentio* che, con una simile *iunctura*, sarebbe da considerarsi incerta. Si riporta in ogni caso il *locus* gaiano (4.62), dal quale è plausibile evincere la natura di *iudicium bonae fidei* dell'*actio rei uxoriae*: *sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*.
- (49) Si rinvia a C. Ferrini, *Opere* 3. *Studi vari di diritto romano e moderno* (a. c. di E. Albertario), Milano 1929, p. 202 nt. 1; S. Solazzi, *Sulle classificazioni delle exceptiones*, in *AG* 1949, pp. 3 ss.; A. Burdese, s.v. *'exceptio doli'*, in *NNDI* 6, pp. 1072-1074 ss.; M. Kaser, *Die Rechtsgrundlage der 'actio rei uxoriae'*, in *RIDA* 2, 1949, pp. 511-550; Idem, *«Oportere» und «ius civile»*, in *ZSS* 83, 1966, pp. 1-46; Paricio, *Estudio*, cit. p. 103 con bibliografia; Tofanini, *La tutela della dos*, cit. *passim*.
- (50) Forse già nel I sec. a C.; cfr. E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano* 2. *Profilo storico*, Milano 1957, pp. 3 ss.
- (51) Cfr. *Tit. ex corp. Ulp.* 6.9.
- (52) Cfr. Tofanini, *La tutela della dos*, cit.
- (53) Grosso, *Ricerche intorno all'elenco classico*, cit. pp. 72 ss.; Biondi, *Iudicia bonae fidei*, cit. pp. 180 ss.; Thomas, *Observations*, cit. pp. 541 ss.
- (54) 4.61: [...] *continentur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare*.
- (55) Diversa questione era il rapporto tra *retentio* ed *exceptio doli*, *supra* accennata.
- (56) Lo osserva D'Ancona, *Il concetto della dote nel diritto romano*, cit. p. 74, richiamando F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* 2, Berlin 1840, (ed. fr.), pp. 93 ss.
- (57) Val. Max. 7.7.4.

## *I caratteri del contratto di interest rate swap alla luce della giurisprudenza più recente*

**Giulia Bastianelli Naticchi**

*Avvocato, Foro di Genova*

Il contratto di *swap* è un negozio giuridico tipico dell'innovatività dell'ingegneria finanziaria, che appartiene alla categoria dei derivati. Come precisato in dottrina, la categoria dei derivati ricomprende tutti quei contratti di natura finanziaria, consistenti nella negoziazione a termine di un'entità economica e nella relativa valorizzazione autonoma del differenziale emergente dal raffronto tra il prezzo dell'entità al momento della stipulazione e il suo valore alla scadenza pattuita per l'esecuzione.

Per effetto del contratto di *swap*, le parti si trasferiscono reciprocamente flussi monetari a condizioni contrattuali diverse e a scadenze prestabilite, sulla base degli andamenti di alcuni tassi o indicatori finanziari di riferimento.

È uno strumento che offre agli operatori la possibilità di modificare i parametri (di interesse, di cambio, di prezzi di merci, di indici azionari) cui sono legati con altri, ritenuti - per vari motivi - più vantaggiosi, perseguendo finalità di copertura, arbitraggio ovvero di speculazione.

Lo *swap* nasce tipicamente nella versione dello *interest rate swap* (per brevità, anche "IRS"), che la Consob definisce come il contratto «... in cui due controparti si scambiano pagamenti periodici di interessi, calcolati su una somma di denaro, detta capitale nozionale di riferimento (*notional principal amount*), per un periodo di tempo predefinito pari alla durata del contratto, e cioè fino alla scadenza (*maturity date* o *termination date*) del contratto stesso. Il nome 'interest rate swap' deriva dal fatto che i pagamenti effettuati sono simili ai pagamenti di interessi su un debito ...» (1).

In altri termini, con il contratto di IRS le parti si impegnano a scambiarsi, in date prefissate e fino ad una determinata scadenza, flussi di denaro calcolati applicando tassi di interesse diversi a una somma prestabilita, definita "capitale nozionale"; l'accordo consiste dunque nello scambio di flussi corrispondenti al differenziale fra i due tassi di interessi (solitamente uno fisso ed uno variabile) e non nello scambio di capitali. L'*interest rate swap* è, quindi, un contratto a termine, tipicamente caratterizzato dalla bilateralità dell'alea, la cui causa è da ravvisarsi nello scambio di pagamenti (2), a nulla rilevando - ai fini del giudizio causale - che i pagamenti dedotti siano previsti alla medesima scadenza e tramite la corresponsione del differenziale, ovvero a scadenze diverse e tramite l'erogazione dell'intera prestazione pecuniaria.

Una delle fattispecie più utilizzate nella prassi finanziaria è l'*interest rate swap* con pagamento anticipato (c.d. *upfront*); l'*upfront* è una delle tante forme in cui si presenta lo scambio dei pagamenti, che non incide sulla causa commutativa dell'IRS e che - al momento della stipulazione dello *swap* - non è valutabile in termini di "costo". Come tutti i derivati, anche i contratti di IRS vengono utilizzati al fine di copertura dal rischio, speculazione ovvero arbitraggio. Gli enti locali possono ricorrere a tali negozi giuridici per perseguire finalità di copertura o di gestione di un rischio connesso ad operazioni di finanziamento, ma non per finalità speculativa.

Si discute in giurisprudenza se il contratto di *interest swap* con *upfront* possa costituire una forma di indebitamento per gli enti locali, sin dal momento della loro stipulazione.

Secondo parte della giurisprudenza, l'IRS non costituirebbe una forma di indebitamento, poiché «... il contratto di "swap" è un accordo mediante il quale si sostituisce il tasso fisso degli interessi con un tasso variabile, e quindi non costituisce una forma di ulteriore indebitamento per il pagamento di spese diverse da quelle d'investimento ...

» (3). Si ritiene però che il contratto in esame «... può avere tra i suoi effetti l'indebitamento per quello dei contraenti che sarà perdente sul tasso di interesse; ma l'esposizione all'indebitamento è - si ripete - un mero effetto possibile di questo contratto (come di tanti altri contratti), non la sua funzione precipua correlativa all'anticipazione di denaro da doversi rendere ...» (4).

Di contrario avviso è altra parte della giurisprudenza, secondo la quale i contratti di IRS sarebbero riconducibili alla "scommessa" in senso tecnico-giuridico: lo *swap* sarebbe un contratto aleatorio «... in cui l'entità della prestazione dipende da fatti incerti o ignoti alle parti, al pari delle scommesse e dei giochi autorizzati ...», come «... si desume in via interpretativa anche dal dato normativo offerto dall'art. 23 comma 5 del TUF ... [dal momento che, ndr] L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1933 c.c. ha, infatti, senso nei limiti in cui il legislatore ritenga che la natura giuridica del derivato come scommessa autorizzata possa comportare l'applicazione della c.d. eccezione di gioco ...» (5).

Aderendo a questa tesi, ciascuna parte contraente dovrebbe «... mettere in conto al momento della stipulazione non solo il proprio guadagno, ma, come in ogni gioco d'azzardo, anche di perdere, e quindi di dover pagare - ossia divenire debitore di - una certa somma nei confronti della controparte ...» (6).

Il fatto che il contratto di *interest rate swap* con *upfront* possa costituire per l'ente locale una forma di indebitamento è questione che la Prima Sezione Civile della Suprema Corte ha, di recente, portato all'attenzione delle Sezioni Unite, le quali dovranno pronunciarsi sul punto (Cass. civ. ord. 10 gennaio 2019, n. 493).

Per quel che concerne il profilo causale, l'alea bilaterale che caratterizza il contratto di IRS, ovvero l'incertezza sull'andamento dei due differenziali contrapposti «... rappresenta un elemento essenziale della causa del contratto di *swap*, elemento la cui effettiva presenza consente di effettuare con esito positivo, sul presupposto della sussistenza di un'apprezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti, il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. circa l'operazione atipica posta in essere ...» (7).

In ragione di ciò, soltanto l'assenza di alea per una delle parti, vale a dire la certa esclusione del rischio che dovrebbe gravare su una delle parti, può determinare la nullità del negozio per difetto di causa concreta; un contratto di IRS, rivelatosi inadeguato rispetto all'esigenza di copertura del rischio, potrà dunque essere dichiarato nullo per difetto di causa in concreto qualora «... presenti un "irrisolvibile squilibrio sinallagmatico" (CA Torino, 22.4.16 n. 654) e cioè che l'alea sia radicalmente assente e una delle parti, in qualsiasi scenario, abbia sempre uno svantaggio ...» (8).

Per contro, detto contratto non dovrebbe ritenersi nullo per la mera mancanza di finalità di copertura, dal momento che «... L'andamento svantaggioso per il cliente verificatosi ex post non è rilevante per la validità del contratto [che, ndr] deve ritenersi invalido solo quando ex ante sia del tutto irrealistica la previsione di andamento dei tassi favorevoli all'investitore, tali da eliminare del tutto l'alea ...» (9).

### Note.

(1) CONSOB, *I principali prodotti derivati - elementi informativi di base*, ottobre 2012.

(2) M. LEMBO, *La rinegoziazione dei contratti derivati. Problematiche giuridiche*, in *Nuovo Diritto*, 2007, p. 510.

(3) Corte dei Conti, Calabria, sez. giurisd. 7 agosto 2006, n. 2376; in senso conforme Trib. Bologna, 14 dicembre 2009, n. 5244 e Circolare Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 63013 del 22 giugno 2007 in *www.iusexplorer.it*.

(4) Trib. Bologna, 14 dicembre 2009, n. 5244 in *www.iusexplorer.it*.

(5) Trib. Roma, 5 giugno 2017, n. 11364; in senso conforme anche Trib. Foggia, 13 febbraio 2019, n. 468 e Trib. Parma, 22 maggio 2017, n. 736 in *www.iusexplorer.it*.

(6) App. Bologna, 11 marzo 2014, n. 734 in *www.iusexplorer.it*.

(7) Trib. Roma, 5 giugno 2017, n. 11364 in *www.iusexplorer.it*.

(8) Trib. Parma, 22 maggio 2017, n. 736 in *www.iusexplorer.it*.

(9) Trib. Parma, 22 maggio 2017, n. 736 in *www.iusexplorer.it*.

# Recensioni

*Capacità, incapacità, diritti degli incapaci.  
Le misure di protezione.\**  
MASSIMO DOGLIOTTI  
Giuffrè, 2018  
EAN: 9788828803614, pagine XIV-762

**Sommario:** 1. *I molteplici pregi del volume.* - 2. *L'analisi dell'ADS.* - 3. *ADS e sostituzione fedecommissaria.*

## 1. I molteplici pregi del volume.

1. Non occorre elogiare il volume che, già a una prima lettura, si raccomanda da solo sotto il profilo sia culturale sia tecnico-professionale, quale “frutto maturo” dell’itinerario scientifico e pratico di Massimo Dogliotti, come ha sottolineato Gilda Ferrando.

Nella prima prospettiva, per coerenza con la mia collocazione accademica, segnalo la ricca analisi comparatistica contenuta nel primo capitolo, preceduta da una consistente parte storica. L’ampia rassegna di regolamentazioni straniere della responsabilità genitoriale della tutela e della curatela - cui sono dedicate circa trentacinque pagine - è preziosa anche sul piano pratico, se solo pensiamo che l’accoglienza verso gli stranieri da parte del nostro paese non impegna soltanto il diritto pubblico dell’immigrazione, ma anche il diritto privato della capacità giuridica e di agire, quindi impone di confrontarsi con regole e istituti di altri ordinamenti, che accompagnano la persona fisica nei suoi trasferimenti.

## 2. L'analisi dell'ADS.

La parte dedicata all’ADS presenta enorme interesse per tutti gli operatori del diritto, non solo per i magistrati e gli avvocati, ma anche per i notai che pure si confrontano con questo corpo di regole, specie con l’ADS. È offerta una panoramica ricchissima sia delle questioni tecniche in materia di ADS, sia delle opzioni interpretative di vertice, a partire dalla sottolineatura (p. 652) circa la conservazione da parte del beneficiario della capacità per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l’assistenza necessaria dell’amministratore: l’indicazione è cruciale anche per il notaio, chiamato ad applicare il provvedimento di apertura dell’ADS.

Preziosa è pure la sottolineatura del peso dell’- inconsuetà- esplicitazione legislativa dell’obiettivo dell’istituto contenuta nel primo articolo della legge istitutiva dell’ADS (p.659). Ancora cruciale è la rilevanza della constatazione circa il tramonto della preminente tutela dell’interesse dei familiari alla conservazione del patrimonio dell’incapace, tant’è che si parla solo di adeguatezza per il soggetto (p.661). A fianco di questi nodi interpretativi cruciali il volume affronta anche una quantità di questioni applicative. Tra le tante, ricordo la possibile nomina dell’apertura dell’ADS in previsione di una futura, e al momento, incerta incapacità, richiesta che viene spesso avanzata al notaio quando riceve l’atto di scelta anticipata dell’amministratore ai sensi dell’art. 408 c.c. (al momento im-

procedibile, dopo lo sbarramento innalzato dalla Cassazione nel 2012).

Sempre collegata all’atto notarile di scelta dell’Amministratore è l’aspirazione a formulare direttive anticipate di trattamento che il volume affronta, spigolando nell’ambito delle indicazioni dottrinali e giurisprudenziali maturate in materia. Ancora a margine di questa fase riesce pertinente l’auspicio dell’allestimento di un registro atto a ospitare in copia- o almeno segnalare- gli atti di scelta ricevuti dai notai.

Riveste particolare rilievo per la prassi notarile la possibilità di nominare un Amministratore di Sostegno in ordine al compimento di un singolo atto, verso cui l’Autore mostra netta apertura. Altre questioni ancora sono risolte sulla base delle premesse.

Dalla direttiva circa l’interpretazione riduttiva dei limiti e vincoli alla capacità d’agire dell’amministrato è fatta discendere la disapplicazione degli articoli 371,2,3 contenenti indicazioni minuziose sulla vendita dei beni dell’amministrato.

Il tutto quale realizzazione del già menzionato canone secondo cui il beneficiario è libero per tutto quanto non è diversamente indicato nel decreto di nomina.

## 3. ADS e sostituzione fedecommissaria.

All’amministratore segnala persino una questione di ambito testamentario assai poco trattata, prossima soprattutto alla sensibilità e al vissuto notarile, circa l’applicabilità della sostituzione fedecommissaria al discendente sottoposto ad ADS. I termini della questione sono noti, è centrale il testuale riferimento da parte degli artt 692 ss al solo interdetto. Anche qui Massimo Dogliotti sposta la tesi più liberale, sponsorizzando il richiamo del 692 ss nel decreto di nomina.

Quindi penso di non tradire il pensiero né dei colleghi notai né dei professori di diritto privato comparato nel ringraziare Massimo Dogliotti per aver prodotto questo pregiato volume.

Andrea Fusaro  
Ordinario di diritto privato comparato  
Università di Genova

\* testo dell’intervento formulato all’incontro su “Amministrazione di sostegno, Tutela, Curatela”, organizzato da Aiaf Liguria a Genova il 17 aprile 2019 intorno alla presentazione del volume di Massimo Dogliotti, “Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione”, pubblicato nel Trattato Cicu-Messineo, Giuffrè, Milano.

*Terrorismo nei porti. Minaccia da terra e dal mare  
(protezione, difesa, contrasto)*

MARCO BANDIOLI

Il Faro, Trento, 2018

EAN: 9788875652814, pagine 132

All'indomani dei tragici e noti eventi dell'11 settembre 2001, la Comunità internazionale è entrata in una nuova dimensione storica, nella quale tutto deve essere interpretato ed adeguato alla luce dell'esigenza di garantire la sicurezza dei consociati. Si tenta, quindi, di trovare la via per superare un periodo storico incerto, colmo di insidie e di pericoli, nella difficoltosa ricerca di un giusto equilibrio tra gli strumenti che permettono di garantire il più elevato grado di sicurezza possibile ai consociati, senza cadere però nell'errore di comprimere, attenuandole significativamente, le libertà civili che fanno del nostro sistema una vera democrazia. Come è noto, il *Patriot Acts* (1), emanato negli Stati Uniti sulla spinta emotiva dell'attacco alle Torri Gemelle, secondo molti avrebbe inaugurato un nuovo modello di sicurezza. Tuttavia, alla prova dei fatti, i due provvedimenti che lo costituiscono hanno pericolosamente leso diritti fondamentali, quali ad esempio la *privacy*, nonché il diritto di associazione, circolazione e difesa processuale. Sono questi gli errori in cui il nostro legislatore non deve assolutamente cadere. L'ispirazione politico-ideologica propria di uno Stato democratico come l'Italia, non può infatti limitarsi alla tutela in via esclusiva dei presupposti della sicurezza dei cittadini, magari riesumando il tradizionale impianto dei cosiddetti "*delitti politici*", tanto cari al legislatore penale degli anni '30. (2) L'oggetto della tutela penale deve infatti essere necessariamente inserito in un contesto assai più ampio, all'interno del quale appaiono meritevoli di protezione l'ordine costituzionale democratico e le forme istituzionali che lo realizzano, ma la pur legittima tutela dell'ordine costituzionale del nostro Paese, deve fare i conti con l'esigenza di circoscrivere l'area del penalmente rilevante entro il limite strettamente necessario, attraverso un'accurata tipizzazione degli strumenti idonei a reprimere quei comportamenti realmente minacciosi per l'ordine democratico-costituzionale dello Stato. Alla protezione di una tranquilla, sicura, ordinata e prospera navigazione delle navi nazionali ed estere, il legislatore italiano ha dedicato il Capo IV (Dei delitti contro la sicurezza della navigazione), Titolo II (Dei delitti in particolare), della parte terza del Codice della navigazione (Disposizioni penali e disciplinari). Come è noto, le fattispecie criminose dolose e colpose ivi presenti, poste a tutela della sicurezza della navigazione, il cui soggetto passivo principale è lo Stato italiano, vengono a sommarsi ai delitti contro l'incolumità pubblica, (3) contenuti nel Libro II, titolo VI, del Codice penale, creando secondo alcuni una discutibile frammentazione (4). Autorevole Dottrina (5) ha, peraltro, sostenuto che la "*sicurezza della navigazione*", si concretizza in un vero e proprio sottosettore della incolumità pubblica, costituito dunque dalle norme poste a tutela della perfetta riuscita della spedizione marittima, onnicomprensivamente considerata (6). In ogni epoca è stata infatti sentita la necessità di elaborare norme che fossero sempre più rispondenti a fronteggiare i rischi connessi all'evoluzione della metodologia del trasporto e delle merci trasportate, ciò soprattutto al fine di tutelare la sicurezza intesa come salvaguardia della vita umana e della sua qualità, oltre che dei beni a rischio. Ed invero, la nozione di "*sicurezza marittima*", venendo a comprendere una molteplicità di interessi eterogenei (protezione dell'ambiente marino da inquinamento, (7) soccorso e attività di ricerca e di salvataggio delle persone, (8) tutela del lavoro nautico, (9) ivi compresi i trattamenti minimi in materia di sicurezza e previdenza sociale, gli *standards* di addestramento e abilitazione, la sicurezza dell'ambiente di lavoro etc.), non è un

concetto statico ed immutabile, ma dinamico ed in continua evoluzione, che dovrà essere costantemente ridefinito ed aggiornato al fine di contrastare ogni possibile presente e futura minaccia arrecata al pacifico svolgimento dei traffici marittimi. Tuttavia, il quadro delineato a livello internazionale ed europeo posto a tutela della sicurezza della navigazione marittima, è stato ormai messo in crisi dal sorgere del preoccupante fenomeno del cosiddetto "*terrorismo internazionale*". (10) Si è, infatti, sentita fortissima l'esigenza di una tutela della vita umana e dei beni trasportati, nei confronti di tale nuova, terribile e sempre mutevole minaccia; cosicché al concetto di sicurezza inteso come salvaguardia della vita dei passeggeri e dell'equipaggio, da quei tipici pericoli connaturati all'attività della navigazione marittima (la cosiddetta "*safety*"), si è affiancato il concetto di sicurezza, inteso come salvaguardia della sicurezza pubblica (la cosiddetta "*security*" (11)), da atti violenti ed intenzionali di natura terroristica. Dottrina e giurisprudenza si sono adoperate nella ricerca di una definizione che potesse fissare dei punti fermi nella nozione di "*terrorismo*". (12) Invero, l'unica caratteristica del reato di terrorismo generalmente accettata, è quella in base al quale il terrorismo comporta la violenza e la minaccia della violenza. Tale definizione, a parere di chi scrive, risulta essere assai vaga, dai contorni sfumati e caratterizzata unicamente dalla sussistenza di un dolo specifico. (13) L'eterogeneità definitoria che si riscontra (14), non giova per il resto di certo alla predisposizione di una disciplina comune atta a combattere il pericolo che viene a concretizzarsi. Si dovrà pertanto, da parte degli Stati, evitare assolutamente di predisporre norme interne ed uniformi vaghe, che manchino di una corretta definizione della finalità cui mira il terrorismo, non identificando esattamente l'elemento oggettivo e soggettivo del reato, limitandosi unicamente ad un rinvio generico a significati esterni alla norma. È questo, purtroppo, il caso della normativa italiana, la quale all'art. 270 *bis* comma 3° c.p., (15) nel vietare le associazioni con finalità di terrorismo internazionale, non precisa cosa debba intendersi per la detta finalità. Tale disposizione recita infatti: "*Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione ed un organismo internazionale*". Il cosiddetto "*atto violento*" non riceve quindi dal terzo comma alcuna puntualizzazione, circa la sua dimensione finalistica e modale, cosicché l'esame letterale della norma apre la strada a tre diverse ipotesi interpretative:

la norma fa riferimento a tutti gli atti violenti diretti contro i soggetti passivi individuati (16);

la norma fa riferimento a tutti gli atti violenti di natura politica selezionati nel comma 1°, ossia gli atti di terrorismo e gli atti violenti eversivi; una variante di questa lettura potrebbe contemplare tutti gli atti di violenza politica, inclusi nel capo II, compresi quelli sovversivi (17);

la norma fa riferimento solo agli atti violenti con finalità di terrorismo.

A ben vedere, sembra che la norma *de qua*, essendo generica ed indeterminata (18) apra due diversi scenari: o esautori il Giudice della possibilità di distinguere tra condotte violente, secondo la loro effettiva finalità e natura, individuando sempre il fine terroristico nella condotta contro lo Stato estero, oppure renda il Giudice l'unico vero arbitro della funzione repressiva penale, di cui invece dovrebbe essere dotata unicamente la fattispecie normativa. In questa seconda ipotesi, sarà pertanto il Giudice a dover stabilire l'applicazione della fattispecie, a seguito della selezione dei significati del comportamento violento secondo un ordine culturale e di esperienza che il medesimo Giudice, in una relativa libertà e fuori da uno stringente controllo normativo, dovrà necessariamente darsi. La norma appare così idonea ad operare in modo onnivoro, indifferente alle finalità specifiche dell'agente, con la

conseguenza di considerare la fattispecie integrata tutte le volte che l'atto violento colpisca proprio i soggetti passivi individuati. Così operando, la natura e l'identità del soggetto passivo assumono il potere di colorare una determinata condotta di quel disvalore penale rientrante nell'ambito del comma 3° dell'art. 270 bis c.p., senza che residuino margini significativi di accertamento della finalità perseguita. Nonostante dunque le evidenti difficoltà di reperire una definizione (19) soddisfacente ed univoca del fenomeno del terrorismo, vista la sua ampiezza e soprattutto la sua contingenza storico-politica, ci si chiede se, allo stato attuale, sia possibile superare i problemi derivanti dalle diverse impostazioni ideologiche dei singoli Stati, (20) al fine di pervenire almeno ad una collaborazione giuridica internazionale per combattere tale fenomeno. Benché, infatti, all'interno della comunità degli Stati la condanna del terrorismo internazionale riceva generale consenso, ad oggi esso non costituisce di per sé una violazione del diritto internazionale e, tanto meno, in materia vi sono definizioni univoche che trovino l'accordo dei diversi Paesi. (21) Il diritto internazionale manca di una consuetudine concernente l'obbligazione di prevenzione e repressione del terrorismo, ragion per cui, fino agli anni '90, la comunità internazionale è dovuta ricorrere all'elaborazione di strumenti convenzionali, considerati gli unici in grado di vincolare efficacemente gli Stati. L'approccio pattizio ha visto come protagoniste numerose organizzazioni internazionali (IMO, ICAO etc.), vere e proprie fucine per la redazione di tali accordi, l'elaborazione dei quali ha indotto la Dottrina a distinguere tra convenzioni cosiddette "globali", che disciplinano la materia in modo unitario, e convenzioni cosiddette "settoriali" che si incaricano di tutelare esclusivamente determinate fattispecie e che, contrariamente alle globali, sono prive di riferimento alcuno a definizioni di terrorismo o a norme esistenti in materia. In tale ultima direzione si sono mosse la Convenzione dell'Aja del 16 dicembre 1970 per la repressione della cattura illecita di aeromobili, la Convenzione di Montreal del 23 settembre 1971 per la repressione di atti illeciti diretti contro la sicurezza dell'aviazione civile, la Convenzione di Roma del 10 marzo 1988 per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima (SUA) (22) e il Protocollo per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza delle piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale, entrati in vigore il 1° gennaio 1992, e recentemente sottoposti ad emendamenti da parte dell'IMO. Ed invero, come è già stato ampiamente sottolineato in precedenza, la difficoltà pratica di armonizzare i singoli ordinamenti degli Stati intesi a definire unitariamente il terrorismo, implica come logica conseguenza la necessità di seguire la via del cosiddetto approccio "settoriale" nella lotta al terrorismo stesso. Ciò consiste, quindi, nel trascurare la classificazione degli aspetti ideologici-politici del terrorismo internazionale, con tutte le conseguenze che ne derivano e di concentrare piuttosto ogni sforzo nell'identificare quelle condotte che costituiscono l'attività programmatica ed esecutiva del terrorismo stesso, elaborando ogni strumento idoneo alla loro prevenzione e/o repressione. Tale risultato potrà essere raggiunto predisponendo uno schema che si fondi su tre obbligazioni principali gravanti su tutti gli Stati parte delle suddette Convenzioni, ed in particolare:

ai fini dell'armonizzazione degli ordinamenti, ogni Stato aderente ha l'onere di considerare illecite tutte le fattispecie indicate nelle Convenzioni;

il secondo obbligo, sicuramente basilare per una cooperazione giudiziaria internazionale, prevede l'eliminazione di aree di impunità (i cd. "safe havens"), per le condotte individuate, e una comune base legale che regolamenti l'estradizione tra gli Stati parte. Circa il divieto di *safe havens*, le Convenzioni pre-

vedono che su ogni Stato aderente gravi l'obbligo di provvedere a norme specifiche finalizzate alla detenzione, al giudizio e all'eventuale estradizione nei confronti degli individui sospettati dei reati in oggetto; le Convenzioni si applicano anche se tra lo Stato parte e l'indagato non vi è alcun collegamento; il terzo caposaldo dello schema disciplina la materia dell'estradizione, richiamata dal principio dell' "aut dedere aut iudicare", secondo cui lo Stato parte che non abbia intenzione di perseguire l'indagato, ma la regola vale anche per il condannato, avrà il compito di estradarlo verso lo Stato richiedente; a tale fine, vi è l'obbligo per gli Stati parte o di emendare i rispettivi accordi bilaterali di estradizione, o porne in essere di nuovi, ricordando che, qualora non sia approntata tale misura, la Stessa Convenzione potrà fungere da accordo tradizionale multilaterale.

Differiscono da questo schema le Convenzioni preventive che, invece di identificare le condotte terroristiche, hanno la finalità specifica di privare le organizzazioni terroristiche stesse dei mezzi (finanziamenti, armi convenzionali e BCN, etc.) necessari per l'attuazione dei loro scopi, obbligando gli Stati ad adottare controlli in determinati settori, così da prevenire eventuali iniziative terroristiche (23). La sicurezza dei porti, e delle relative infrastrutture portuali, viene trattata partendo dalla pura teoria dottrinale della sicurezza marittima sino a giungere alla realizzazione pratica di strutture difensive di un complesso portuale nonché all'organizzazione di attività operative finalizzate non solo alla difesa ma anche al contrasto e alla neutralizzazione di forze ostili di natura terroristica. Invero, il volume afferma che, nonostante dunque le evidenti difficoltà di reperire una definizione soddisfacente ed univoca del fenomeno del terrorismo, vista la sua ampiezza e soprattutto la sua contingenza storico-politica, ci si chiede se, allo stato attuale, sia possibile superare i problemi derivanti dalle diverse impostazioni ideologiche dei singoli Stati, al fine di pervenire almeno ad una collaborazione giuridica internazionale per combattere tale fenomeno. Benché, infatti, all'interno della comunità degli Stati la condanna del terrorismo internazionale riceva generale consenso, ad oggi esso non costituisce di per sé una violazione del diritto internazionale e, tanto meno, in materia vi sono definizioni univoche che trovino l'accordo dei diversi Paesi. Il diritto internazionale manca di una consuetudine concernente l'obbligazione di prevenzione e repressione del terrorismo, ragion per cui, fino agli anni '90, la comunità internazionale è dovuta ricorrere all'elaborazione di strumenti convenzionali, considerati gli unici in grado di vincolare efficacemente gli Stati. L'approccio pattizio ha visto come protagoniste numerose organizzazioni internazionali (IMO, ICAO etc.), vere e proprie fucine per la redazione di tali accordi, l'elaborazione dei quali ha indotto la Dottrina a distinguere tra convenzioni cosiddette "globali", che disciplinano la materia in modo unitario, e convenzioni cosiddette "settoriali" che si incaricano di tutelare esclusivamente determinate fattispecie e che, contrariamente alle globali, sono prive di riferimento alcuno a definizioni di terrorismo o a norme esistenti in materia. In tale ultima direzione si sono mosse la Convenzione dell'Aja del 16 dicembre 1970 per la repressione della cattura illecita di aeromobili, la Convenzione di Montreal del 23 settembre 1971 per la repressione di atti illeciti diretti contro la sicurezza dell'aviazione civile, la Convenzione di Roma del 10 marzo 1988 per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima (SUA) e il Protocollo per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza delle piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale, entrati in vigore il 1° gennaio 1992, e costantemente sottoposti ad emendamenti da parte dell'IMO.

Avv. Filippo Maria Torresi

## Note.

(1) Il primo è un provvedimento del 25 ottobre 2001 denominato “*Uniting and Strengthening America Act*”; il secondo invece si intitola “*Homeland Security Department*”, che consiste in una struttura a cui sono attribuite le tipiche competenze del nostro Ministero dell’Interno, che ha essenzialmente l’obiettivo di garantire la sicurezza interna e dei confini tramite una capillare opera di prevenzione utilizzando *intelligence*.

(2) Sulle originarie caratteristiche politico-ideologiche del sistema dei delitti politici delineato dal legislatore degli anni ’30 si vedano: Fiandaca, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *La questione crim.*, 1981, 67; Gallo E.-Musco, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 17; Marconi, *I delitti contro la personalità dello Stato*, Milano, 1984; Padovani, voce *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 815 ss.; Galaterio, voce *Personalità dello Stato (delitti contro la personalità dello Stato)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990.

(3) Sulla definizione del concetto di “*incolumità pubblica*”, si vedano: Sammarco, voce *Incolumità pubblica (reati contro la)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 28; Dean, *L’incolumità pubblica nel diritto penale*, Milano, 1971; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Torino, 1981, 243; Ardizzone, voce *Incolumità pubblica (Delitti e contravvenzioni)*, in *Digesto disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, 361. Sulle modifiche apportate all’originaria disciplina codicistica, e sulle ipotesi di reato a tutela della pubblica incolumità disciplinate nella legislazione speciale, si veda per tutti: Marini, voce *Incolumità pubblica (Delitti contro la)*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, Torino, 1983, 152.

(4) Il De Vincentiis, *Reati marittimi e aeronautici*, vol. XIV, Torino, 1976, 939 ss., è estremamente critico nei confronti della scelta operata dal legislatore a riguardo. Altresì la Dottrina ha distinto varie tipologie di reati marittimi, basati ora su elementi meramente formali, ora sistematico-formali (reati propri-impropri); infine vi è stato chi ha stabilito la sussistenza di un *genus* dei c.d. reati propri in quanto *esclusivi* della navigazione, cfr. Berlingieri F. Sen., *Note di diritto penale marittimo con particolare riguardo alla riforma della vigente legislazione*, in *Dir. mar.*, 1930, 247.

Sul diritto penale della navigazione, in generale, si vedano: Leone, *Considerazioni sulla sistemazione del diritto penale della navigazione*, in *Studi per la Codificazione*, I, Roma, 1940, 115 ss.; Vidali, *Diritto penale della navigazione*, in *N.D.I.*, V tomo, Torino, 1960, 985 ss.

(5) De Vincentiis-Montanara, voce *Sicurezza della navigazione (Delitti contro)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1990, 487.

(6) Sulla sicurezza della navigazione marittima in generale, si vedano: T.C. Giannini, *La recente Convenzione di Londra per la sicurezza della navigazione*, in questa *Rivista*, 1929, 391; Carboni, *La convenzione SOLAS del 1948*, in questa *Rivista*, 1951, 138; A. Giannini, *L’organizzazione marittima consultiva intergovernativa IMCO e sue funzioni*, in *Riv. dir. nav.*, 1956, I, 269; Soldà, *La conferenza internazionale per la sicurezza in mare del 1960*, in questa *Rivista*, 1960, 581; Pescatore, *Problemi giuridici attuali della sicurezza della navigazione*, in *Riv. dir. nav.*, 1963, I, 148; Righetti, *Sicurezza della navigazione marittima*, in *N.D.I.*, XVII, Torino, 1967, 291; Vallario, *Sicurezza in mare*, Padova, 1979; Miele-Vigilante, *Recenti sviluppi della cooperazione internazionale*, in *Studi mar.*, 6/1980, 29; Leanza, *La sicurezza marittima*, relazione presentata alla “*Conferenza nazionale del mare*”, Napoli 19-21 novembre 1981; Leanza, *Le convenzioni internazionali in materia di sicurezza marittima*, in *Studi mar.*, 12/1981, 81; Grigoli, *Il problema della sicurezza nella sfera nautica*, I, *La sicurezza dei beni prodromici dell’esercizio nautico*, Milano, 1989; Grigoli, *Il problema della sicurezza nella sfera nautica*, II, *La sicurezza nell’esercizio nautico*, Milano, 1990; Turco Bulgherini, *Sicurezza della navigazione*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 461 ss.; Corbino M.L., *Sicurezza della navigazione marittima*, in *Dig. Comm.*, Milano, 1996, 409 ss.; Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, vol. I, Milano 1999; Lefebvre-D’Ovidio-Pescatore-Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2004; Scovazzi, *La tutela della vita umana in mare*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 106.

(7) La Comunità internazionale si è sforzata di ricercare soluzioni appa- ganti sia sul piano della tutela risarcitoria con le Convenzioni di Bruxelles CLC del 1969 e FUND 1971, sia sul piano della prevenzione, con la Convenzione MARPOL 73/78 sulla progettazione e l’esercizio di navi petroliere, modificata da diversi emendamenti successivi (un ulteriore protocollo è stato aggiornato il 26 settembre 1997), per ridurre ulteriormente i rischi da versamento di idrocarburi. Sul punto si veda: Lefebvre-D’Ovidio-Pescatore-Tullio *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2004, 32. A seguito del naufragio, avvenuto nel dicembre 1999, della petroliera maltese *Erika*, l’Agenzia Europea per la sicurezza marittima ha adottato una serie di normative (i c.d. “*pacchetti*” *Erika I* e *Erika II*) intesi a disciplinare il pericoloso fenomeno. Sull’evoluzione della disciplina si

vedano: Arroyo, *Problemi giuridici relativi alla sicurezza della navigazione marittima (con particolare riferimento al caso Prestige)*, in questa *Rivista*, 2003, 1193; Berlingieri F., *Accelerazione del programma di “phasing out” delle navi cisterna a scafo singolo e limitazioni all’accesso ai porti delle navi a scafo singolo che trasportano idrocarburi pesanti*, in questa *Rivista*, 2004, 1183 ss.; Comenale Pinto, *Contro il rischio da inquinamento da idrocarburi: il doppio scafo*, in *Giust. civ.*, II, 2005, 161 ss.

(8) Cfr.: Convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979 (SAR, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 3 aprile 1989, n. 147), sulla ricerca e salvataggio dei marittimi; la Convenzione di Londra del 28 aprile 1989 in tema di soccorso (Salvage, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 12 aprile 1995, n. 129); sul punto si veda Lefebvre-D’Ovidio-Pescatore-Tullio, op. cit., 183.

(9) Cfr. la Convenzione internazionale per gli standards per l’addestramento, i titoli professionali ed il servizio di guardia dei naviganti (STWC 1978, adottata dall’IMO ed in vigore dal 1984); il Codice internazionale di gestione della sicurezza, obbligatorio dal 1998 che prevede, tra l’altro, un ambiente sicuro di lavoro ed il miglioramento permanente della capacità di gestione del personale, specialmente in relazione alla sicurezza di fronte ai casi di emergenza; sul punto si veda T.C. Giannini, op. cit.

(10) Sulla minaccia del terrorismo alla sicurezza della navigazione marittima, si veda: Kimball-Wall, *Shipping and the fight against terrorism*, in *Int. mar. lav.*, 2003, 65

(11) Per un’approfondita distinzione tra *safety* e *security*, si vedano: Pellegrino, *La definizione di sicurezza aerea*, in AA.VV. (a cura di Deiana), *Aeroporti e responsabilità*, Atti del Convegno di Cagliari, 24-25 ottobre 2003, Cagliari, 2005, 171 ss.; Boisson, *La sureté des navires et la prévention des actes de terrorisme dans le domaine maritime*, in *Droit. mar. franc.*, 2003, 723; Viglietta-Papi, *Safety e security: aspetti evolutivi della sicurezza marittima*, in *Dir. trasp.*, 2005, 117; Tellarini, *La normativa adottata in sede IMO in materia di security marittima*, in questa *Rivista*, 2003, 1102.

(12) Sul punto si veda Vigna, *La finalità di terrorismo ed eversione*, Milano, 1981.

(13) Con la risoluzione del 28 settembre 2001, n. 1373 in materia di terrorismo, il Consiglio di Sicurezza, agendo ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, ha imposto agli Stati membri di adottare anche una specifica normativa che preveda il reato di terrorismo. Al fine di rendere tale disposizione più efficace, all’interno della suddetta risoluzione è stata prevista anche la creazione del *Counter Terrorism Comitee*, organo con il compito di verificare l’implementazione delle misure previste, tramite uno scambio di rapporti annuale con i Singoli Stati, i quali puntualmente interrogati devono delineare le iniziative intraprese per il raggiungimento degli obiettivi elencati nella risoluzione 1373/2001. Tali rapporti possono essere considerati un valido spunto per comprendere la normativa degli ordinamenti stranieri che rilevi in materia di terrorismo. Di tenore diverso è invece la Decisione Quadro del Consiglio Europeo all’interno della quale è stata enucleata una definizione di terrorismo, nel tentativo di armonizzare tutti gli ordinamenti degli Stati membri al fine di una più proficua collaborazione in materia (Decisione Quadro del Consiglio dell’Unione Europea del 13 giugno 2002, n. 475).

(14) Proprio con riguardo alla definizione di terrorismo nell’ambito del diritto internazionale, alla già nota problematica sulla distinzione tra terrorismo e reato politico, se ne impianta un’altra, di equal tenore, relativa all’inquadramento del fenomeno rispetto a quelle condotte che appartengono alle lotte di liberazione nazionale riconosciute e disciplinate, in quanto tali, dal diritto umanitario internazionale: a questi fini lo stesso atto violento commesso da un’organizzazione qualificata terroristica, all’interno di un conflitto armato riceve, sempre che non produca una violazione del DIU (Diritto internazionale umanitario), legittimazione in quanto attività lecita di una parte belligerante; esistono infatti contesti equivoci che gravitano tra conflitti interni ed i meri stati di tensione dove è difficile distinguere se un atto violento possa essere considerato atto di guerra (guerriglia) o mero atto di terrorismo; si veda ad esempio la Lombardia dove le truppe antigovernative (FARC) potrebbero a tutti gli effetti essere riconosciute come forze combattenti di un conflitto interno ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1937 e dei rispettivi protocolli.

(15) La disciplina che vieta l’associazione a scopo di terrorismo internazionale introduce una fattispecie di pericolo presunto, avente ad oggetto il programma di atti violenti con finalità di terrorismo contro uno Stato estero, istituzione od organismo internazionale. Per approfondimenti si vedano: Fiandaca-Musco, *Diritto penale, parte speciale*, vol. II, Padova, 2004; Antolisei, *Manuale di diritto penale*, vol. II, Milano, 2003; Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 1325.

(16) Nella ipotesi di cui sub a), la natura del soggetto passivo risulterebbe

dirimente nella caratterizzazione dell'atto, qualificando, in via esclusiva, la natura dell'azione. Così il bene giuridico protetto, lo Stato, le istituzioni e gli organismi internazionali nel loro ordinamento, connoterebbe l'azione violenta della particolare natura terroristica stigmatizzata dalla fattispecie in esame. La norma così interpretata risulterebbe essere generica. Sicché, qualunque azione violenta contro uno Stato estero, istituzione etc., dovrebbe essere ascritta alla fattispecie di cui all'art. 270 bis, comma 3°, c.p.; ma seguendo tale interpretazione, la fattispecie perde l'elemento del dolo specifico e risulta, oltre che generica ed indeterminata, anche in violazione del principio di offensività.

(18) Nella ipotesi di cui sub b), gli "atti terroristici" dovrebbero essere intesi come atti di violenza politica genericamente intesi, ed in tal senso cfr.: Cass. Pen., 27 febbraio 1998, *Piccin*, imp., in *Cass. pen.*, 1999, 3152; Cass. Pen., 1 marzo 1979, *Filippi*, imp., in *Giust. pen.*, 1979, II, 701; Cass. Pen., 7 ottobre 1980, *Ferretti*, imp., in *Cass. pen.*, 1982, 110. Tale indirizzo giurisprudenziale si fonda sul riferimento al reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.

(19) Cfr. sul punto: Padovani, voce *Stato (Reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 821; Cupelli, *Il nuovo art. 270 bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?*, in *Cass. pen.*, 2002, 897.

(20) Secondo Cass. Pen., Sez. I, 5 novembre 1987, *Benacchio*, imp., in *C.E.D. Cass.*, n. 176946 costituisce finalità di terrorismo "...quella di incutere terrore nella collettività con azioni criminose indiscriminate, dirette cioè non contro le singole persone ma contro quello che esse rappresentano o, se dirette contro le persone indipendentemente dalla loro funzione nella società, miranti ad incutere terrore per scuotere la fiducia dell'ordinamento costituito e indebolirne le strutture".

(21) "Non state sponsored terrorism committed against citizens, property or territory of a state is rarely criminal violation of international law per se", osserva Roben, *The role of international conventions and general international law in fight against international terrorism*, in *Terrorism as a challenge for national and international law, security versus liberty*, a cura di Walter, Berlin, 2004, 79.

(22) Le prime minacce contro la sicurezza delle navi, dei passeggeri e degli equipaggi risalgono ai primi anni '60, con il sequestro della "Santa Maria" nel 1961 e dell'"Anzoategui" nel 1963. Successivamente, l'impossessamento della nave da crociera italiana "Achille Lauro", avvenuto nell'ottobre 1985, ad opera di terroristi palestinesi (il famigerato commando di *Abu Nidal*), durante la navigazione tra Alessandria e Porto Said, ha preceduto di qualche anno il dirottamento del "City of Poros", avvenuto nel 1988; recentemente ricordiamo gli attentati al "Limburg", nonché alla USS "Cole". La comunità internazionale e il governo italiano si resero perfettamente conto, dell'utilità che avrebbero avuto specifiche norme giuridiche per la prevenzione e/o repressione di atti simili. Sul punto si vedano: Cassese, *Il caso Achille Lauro*, Roma, 1987; Ronzitti, *Alcuni problemi giuridici sollevati dal dirottamento dell'"Achille Lauro"*, in *Riv. dir. int.*, 1985, 584 ss.; Voelckel, *Droit de la mer*, vol. 2, t. II, Paris, 1996, 168 ss.; Sulla genesi della Convenzione SUA e del relativo Protocollo si veda: Treves, *La Convenzione e il protocollo di Roma sugli illeciti contro la sicurezza della navigazione e delle piattaforme fisse*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, 490.

(23) A tale finalità assolve la *Convenzione sulla protezione fisica del materiale nucleare*, elaborata nel 1980 in seno all'AIEA (*International Atomic Energy Agency*).

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Sentenze, ordinanze e decreti

Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874 - Pres. De Felice - Est. Toschei - Società M. e G. (Avv. Pellicani) c. Comune di Santa Margherita Ligure (Avv. Mauceri).

**CONCESSIONI demaniali aventi natura turistico ricreativa - concessionario uscente - richiesta di nuova assegnazione - proroga ex lege - esclusione - indizione di procedura selettiva (gara) - necessità.**

(Art. 37 Cod. nav.; art. unico comma 683, legge 30 dicembre 2018, n. 145)

*La proroga ex lege delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole della Unione Europea sulla indizione delle gare; pertanto, in seguito alla soppressione, in ragione delle disposizioni legislative sopra richiamate, dell'istituto del "diritto di insistenza", ossia del diritto di preferenza dei concessionari uscenti, l'amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico ricreativa, in aderenza ai principi eurounitari della libera di circolazione dei servizi, della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza, ai sensi del novellato art. 37 cod. nav., è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico. Ne consegue che non esiste, per il concessionario uscente, una situazione qualificata con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga ex lege o motivazionale dell'amministrazione.*

*L'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice eurounitario, comportante la disapplicazione dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e dell'art. 34-duodecies, d.l. 179/2012, di talché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento.*

*Anche la più recente proroga legislativa automatica di 15 anni delle concessioni demaniali in essere (fino al 2033), disposta dall'art. unico comma 683, legge 30 dicembre 2018 n. 145 ha esteso la platea dei soggetti coinvolti dalla opportunità di pretendere l'assegnazione della concessione demaniale solo all'esito dello svolgimento di una procedura selettiva.*

(...Omissis...)

### Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. - Con il ricorso per l'esecuzione del giudicato qui in esame le società M. e G. chiedono l'ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2013 n. 525, con la quale la Sezione, in accoglimento dell'appello proposto dalla società M. ed in riforma della sentenza di primo grado (del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, Sezione I, n. 1024/2007), ha annullato i provvedimenti impugnati in primo grado, vale a dire: a) l'atto 19 agosto 2002, prot. (...), con il quale il Comune di Santa Maria Ligure ha respinto l'istanza presentata in data 18 giugno 2002 dalla società M., in qualità di proprietaria del complesso "L.C." in Portofino, per il rilascio di una concessione di area demaniale marittima; b) l'atto comunale 31 dicembre 2002, prot. n. (...), con il quale veniva confermato il rigetto della richiesta di concessione di area demaniale marittima presentata in data 18 giugno 2002.

2. - I fatti che hanno dato luogo al contenzioso qui in esame possono essere sinteticamente riassunti come segue, in ragione di quanto emerge dalla documentazione prodotta in giudizio e soprattutto dall'esame della sentenza del Consiglio di Stato della quale qui si chiede la corretta e completa esecuzione.

La M. S.r.l. aveva presentato al Comune di Santa Margherita Ligure, in data 18 giugno 2002, in qualità di proprietaria del complesso "L.C." in Portofino, una istanza per il rilascio della concessione di un'area demaniale marittima, a suo tempo rilasciata alla A.B. s.a.s., nell'approssimarsi della scadenza della stessa. Il Comune rispondeva negativamente, con atto 19 agosto 2002 prot. (...), precisando testualmente che "(...) l'istanza in parola non risulta procedibile in quanto, in virtù del disposto dell'art. 01, comma 2, del D.L. 5 ottobre 1993, n. 400, come sostituito dall'art. 10, comma 1, della L. n. 88 del 2001, le concessioni demaniali marittime in essere, alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'art. 42, cod. nav.".

Seguiva a tale provvedimento una ulteriore attività istruttoria volta al riesame della predetta decisione che, tuttavia, si concludeva con l'adozione di un nuovo provvedimento comunale, 31 dicembre 2002 prot. n. 57132, con il quale veniva confermato il rigetto della richiesta di concessione di area demaniale marittima presentata in data 18 giugno 2002.

Impugnati dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria i due atti di cui sopra, il Tribunale amministrativo (con sentenza n. 1024/2007) dichiarava "l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse alla decisione, non avendo parte ricorrente impugnato i titoli concessori rilasciati" alla società controinteressata, affermando anche che "l'eventuale accoglimento del gravame proposto avverso i dinieghi opposti all'istanza della ricorrente non avrebbe alcun concreto effetto utile per la M., rimanendo pienamente efficaci i titoli concessori", rilasciati alla s.a.s. A.B. e non impugnati.

A questo punto la società M. proponeva appello dinanzi al Consiglio di Stato che, con la sentenza della Sezione n. 525/2013, ha affermato che:

A) la sentenza di primo grado era da considerarsi "errata" (punto 07 della sentenza);

B) infatti "la M. s.r.l. non doveva impugnare la concessione n. 217/1999 rilasciata all'A.B. s.a.s., essendosi limitata a sostenere l'impossibilità di una sua proroga automatica per altri sei anni per effetto della normativa di cui si è detto e quindi la sua scadenza al 31 dicembre 2002 (termine originariamente previsto)" (sempre punto 07 della sentenza);

C) con riferimento invece alla concessione n. 67/2003, successivamente rilasciata all'A.B. s.a.s. e depositata dal Comune agli atti del giudizio di primo grado, "la stessa, oltre a potere ancora essere impugnata quando il primo giudice ha deciso, è stata effettivamente impugnata dalla M. s.r.l. con un nuovo ricorso";

D) fermo quanto sopra "I provvedimenti impugnati in primo grado (19 agosto 2002, prot. (...) e 31 dicembre 2002, prot. n. (...)) sono stati adottati sulla base del citato comma 2 dell'art. 01 D.L. n. 400 del 1993, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 494 del 1993, come sostituito dall'art. 10 della L. n. 88 del 2001", norma successivamente abrogata dall'art. 11, comma 1, L. 15 dicembre 2011, n. 217

E) tenuto conto quindi che la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa ai servizi nel mercato interno, 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE e, segnatamente, del comma 2 dell'art. 12 nella parte in cui esclude il rinnovo automatico della concessione;

nonché con i principi del Trattato - direttamente applicabili negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e di cui la direttiva è mera attuazione - in tema di concorrenza e di libertà di stabilimento, i meccanismi normativi che introducono ipotesi di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime violano l'art. 117, comma 1, della Cost.;

F) in conseguenza di ciò si "impone l'obbligo di disapplicazione della norma per il periodo in cui è stata in vigore e durante il quale sono stati adottati i provvedimenti impugnati in primo grado, i quali vanno di conseguenza annullati venendo meno il presupposto normativo su cui si fondavano. L'amministrazione, infatti, non poteva considerare automaticamente prorogata la concessione di cui trattasi, dovendo procedere sulla base di un procedimento di evidenza pubblica" (così al punto 11 della sentenza).

(...*Omissis*...)

a) con il ricorso proposto dalla società M. che ha dato luogo al contenzioso definito con la sentenza della Sesta sezione del Consiglio di Stato n. 525/2013 essa non ha mai impugnato la concessione risalente al 1999 e rilasciata in favore dell'allora società A.B. (oggi C.N. S.r.l.), limitandosi in detto contenzioso ad impugnare dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria il diniego di rilascio di concessione demaniale marittima opposto nei confronti della medesima M. dai competenti uffici comunali con note dapprima del giugno 2002 e poi del dicembre 2003, affidando l'impugnazione delle concessioni demaniali marittime rilasciate nel corso del tempo (anche in epoca successiva al contenzioso definito con la sentenza che qui si pretende venga ottemperata) a giudizi distinti e diversi da quello che qui rileva;

b) in pendenza del giudizio d'appello è stata introdotta legislativamente la proroga sino al 31 dicembre 2020 delle concessioni demaniali marittime, per effetto della L. n. 221 del 2012, di conversione del D.L. n. 179 del 2012 (art. 34-duodecies), di conseguenza il Comune di Santa Margherita Ligure ha comunicato alla società C.N. S.r.l., in data 6 novembre 2015, la proroga ope legis del titolo n. 23/2009 e del suppletivo n. 21/2012;

c) da quanto sopra emerge con tutta evidenza che alle diffide rivolte al Comune dalla società M. in data 10 maggio 2016 e 31 gennaio 2017, con le quali si invitava il predetto comune ad indire la selezione pubblica per la scelta del concessionario con riferimento all'area demaniale oggetto delle concessioni sopra richiamate, l'ente locale non poteva che ricordare quanto sopra illustrato e significare l'impossibilità di procedere nel senso voluto dalla società perché le concessioni in essere non sono mai state annullate e la loro validità ed efficacia è rafforzata dalla previsione della proroga ex lege.

Da qui la richiesta di reiezione del ricorso in ottemperanza proposto dalle società oggi ricorrenti.

(...*Omissis*...)

9. - Va premesso, in punto di diritto, quanto segue.

Prima ancora della nota sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 (in cause riunite C-458/14, P. S.r.l. e C-67/15, M.M. e altri), la giurisprudenza aveva già largamente aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva 123/2016, essendo pacifico che tali principi si applicano anche a materie diverse dagli appalti, in quanto riconducibili ad attività, suscettibile di apprezzamento in termini economici.

In tal senso si è del resto espresso, già da tempo risalente, il Consiglio di Stato che ha ritenuto applicabili i detti principi "anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all' art. 37 del codice della navigazione", sottolineandosi che "la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato,

tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168 e, nello stesso senso, in epoca più recente Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394), segnalando l'esigenza di una effettiva ed adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte (cfr., in epoca ancora antecedente ed in via generale, Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2002 n. 934).

In argomento la Commissione Europea aveva affermato che "la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti di principi generali che essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente valevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate" (così nella Comunicazione 29 aprile 2000 nonché la pressoché coeva sentenza della Corte di giustizia UE 7 dicembre 2000, in causa C-324/98).

Per quanto si è già ricordato, da ultimo detti principi sono stati riaffermati dalla Corte di Giustizia UE, nella sentenza Sez. V, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, ad avviso della quale "L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati".

10. - Da tale sentenza, si desume che la proroga ex lege delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole della Unione europea sulla indizione delle gare.

La Corte di Giustizia, più specificamente, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (cd. B.) del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (direttiva servizi), ha affermato, in primo luogo, che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione della suindicata direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura "scarsa" o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, con conseguente illegittimità di un regime di proroga ex lege delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse, regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall'art. 12 della direttiva.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha affermato che, per le concessioni alle quali la direttiva non può trovare applicazione, l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) osta a una normativa nazionale, come quella italiana oggetto dei rinvii pregiudiziali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo.

Come è stato chiarito anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2018 n. 3600; Sez. VI, 10 luglio 2017 n. 3377 e 13 aprile 2017 n. 1763):

- l'art. 1, comma 18, D.L. 30 dicembre 2009, n. 194 (convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25) - come modificato dall'articolo 34-duodecies, comma 1, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221), e, a decorrere dal 1 gennaio 2013, dall'art. 1, comma 547, L. 24 dicembre 2012, n. 228 -, statuiva come segue: "Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla L. 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni

demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della L. 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del D.L. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 1993, n. 494. All'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso”;

- pertanto, in seguito alla soppressione, in ragione delle disposizioni legislative sopra richiamate, dell'istituto del “diritto di insistenza”, ossia del diritto di preferenza dei concessionari uscenti, l'amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, in aderenza ai principi eurounitari della libera di circolazione dei servizi, della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza, ai sensi del novellato art. 37 cod. nav., è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico;

- a fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, come sopra già evidenziato, il titolare del titolo concessorio in questione può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga ex lege o motivazionale dell'amministrazione;

- ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice eurounitario, comportante la disapplicazione dell'art. 1, comma 18, D.L. n. 194 del 2009 e dell'art. 34-duodecies, D.L. n. 179 del 2012, di talché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento, come del resto la giurisprudenza nazionale ha in più occasioni già riconosciuto (cfr., per tutte e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1368).

11. - Del resto, più volte il Consiglio di Stato ha sancito in via generale l'illegittimità di una normativa sulle proroghe ex lege della scadenza di concessioni demaniali, perché equivalenti a un rinnovo automatico di per sé ostativo a una procedura selettiva. Inoltre, già decisioni precedenti della CGUE avevano affermato l'illegittimità di leggi regionali contemplanti, a talune condizioni, la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo al già titolare, evidenziando che proroga e rinnovo automatico, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici mediante preclusioni o ostacoli alla gestione dei beni demaniali oggetto di concessione, violano in generale i principi del diritto comunitario su libertà di stabilimento e tutela della concorrenza.

In conclusione, alla luce del prevalente indirizzo giurisprudenziale, non è in alcun modo riscontrabile una proroga automatica ex lege di una concessione demaniale marittima.

Ciò significa che anche la più recente proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, provocata dall'articolo unico, comma 683, L. 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021) che così testualmente recita: “Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate

in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del D.L. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale” - è coinvolta, con le conseguenze del caso, nel ragionamento giuridico sopra esposto e ciò, non solo perché detta disposizione rievoca norme nazionali già dichiarate in contrasto con l'ordinamento eurounitario dalla Corte di giustizia nel 2016 (determinando una giuridicamente improbabile reviviscenza delle stesse) ma, a maggior ragione, dopo il recente intervento della Corte di giustizia UE che, nella sentenza 30 gennaio 2018, causa C-360/15 V, ha esteso addirittura la platea dei soggetti coinvolti dalla opportunità di pretendere l'assegnazione della concessione demaniale solo all'esito dello svolgimento di una procedura selettiva.

12. - Il Collegio, per completezza d'esame, ritiene di dovere dare conto della circostanza che la più volte citata sentenza della Corte di giustizia UE, sebbene abbia dichiarato che le disposizioni nazionali che consentono la proroga generalizzata ed automatica delle concessioni demaniali fino al 31 dicembre 2020 contrastano con l'ordinamento comunitario (si tratta del già menzionato art. 1, comma 18, D.L. n. 194 del 2009, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 34-duodecies D.L. n. 179 del 2012, articolo introdotto in sede di conversione con L. n. 221 del 2012), ha nel contempo però precisato che una proroga di una concessione demaniale è giustificata laddove sia finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ovvero sia qualora questi abbia ottenuto una determinata concessione in un periodo in cui “non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza”.

La tutela della buona fede del concessionario, quindi, va relazionata alla data di adozione della direttiva 2006/123/CE (cosiddetta B.), cosicché nell'ipotesi di concessione demaniale marittima rilasciata in data antecedente, secondo la Corte di giustizia, la cessazione anticipata della concessione “deve essere preceduta da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico”.

Orbene, nel caso di specie la concessione iniziale è stata rilasciata nel 1999 prima che fosse scaduto il termine di recepimento della direttiva B. (28 dicembre 2009) e prima che lo Stato italiano la attuasse tramite il D.Lgs. n. 59 del 26 marzo 2010, con conseguente conformità al diritto dell'Unione europea dell'applicazione alla concessione oggetto di causa della (sola) proroga prevista dall'art. 1, comma 18, D.L. n. 194 del 2009, tuttavia pare evidente che le successive proroghe non possano essere assistite dal principio (sopra espresso) della “buona fede” del concessionario, essendosi consumata la possibilità di aderire alla posizione “mitigativa” già a far data dal secondo rinnovo.

13. - Sotto altro versante (come già ha chiarito la Sezione nella sentenza 6 giugno 2018 n. 3412) va affermato che il rinnovo automatico della concessione demaniale marittima, provocato dalle norme di legge succedutesi nel tempo e precedentemente ricordate, non integra un provvedimento amministrativo a formazione

tacita né, come è avvenuto nel caso qui in esame, abilita l'ente ad adottare un provvedimento amministrativo a portata costitutiva. Si è condivisibilmente affermato nella sentenza della Sezione precedentemente richiamata che "Invero, in un ordinamento ispirato al principio di legalità, non può essere qualificato come provvedimento, ancorché tacito, un mero contegno di fatto non riconoscibile come espressione del potere amministrativo. Poiché per l'art. 2 della L. n. 241 del 1990 l'amministrazione ha l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, si deve ritenere che i provvedimenti taciti e i "silenzi significativi" siano configurabili solo nei casi espressamente previsti dalla legge (con impossibilità di applicazione analogica delle relative disposizioni). Nello specifico, le disposizioni legislative innanzi citate, con le quali si prevede un rinnovo automatico delle concessioni balneari (o una proroga ex lege delle stesse), non possono essere considerate come fonti legali di un ipotizzato provvedimento amministrativo tacito, ma si sono limitate ad incidere, ex lege, sugli effetti giuridici di provvedimenti amministrativi già emanati, senza la necessità che l'amministrazione eserciti alcun potere e senza alcuna possibilità, pertanto, di configurare la sussistenza di un provvedimento tacito di rinnovo o di proroga che, se emesso, ha natura meramente ricognitiva delle conseguenze previste dalla legge (conseguenze che si producono, qualora siano compatibili col diritto europeo)".

Ora però occorre qualificare la patologia degli atti successivamente adottati dal Comune di Santa Margherita Ligure, rispetto alla proroga della concessione nel 2009, in adempimento delle disposizioni di proroga ex lege intervenute nel tempo e successive, anche, alla pubblicazione della sentenza che è qui oggetto di ottemperanza ed evidentemente in contrasto con le norme eurounitarie di settore, per quanto si è sopra detto.

Potrebbe infatti affermarsi che, dovendosi disapplicare le disposizioni di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per contrasto alla normativa eurounitaria, le disposizioni in questione non attribuiscono neppure il potere alle amministrazioni di rinnovare le concessioni demaniali marittime, con la conseguenza che gli atti di proroga sono esclusivamente ricognitivi ed illustrativi della previsione normativa nazionale, ma sostanzialmente e giuridicamente inidonei a determinare la proroga della concessione.

Conseguentemente il Comune di Santa Margherita Ligure avrebbe adottato provvedimenti, in adempimento delle norme succedutesi nel tempo che hanno previsto la proroga automatica delle concessioni, che debbono considerarsi tamquam non essent - e quindi nulli - per essere stati adottati in assenza di potere ai sensi dell'art. 21-septies L. 7 agosto 1990, n. 2418 (ipotesi che non è stata esclusa in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011 n. 1983).

14. - È noto il contrasto, soprattutto dottrinale, tra coloro che ritengono affetto da nullità il provvedimento amministrativo contrastante con il diritto eurounitario e coloro che ritengono un siffatto atto illegittimo e quindi impugnabile doverosamente entro il termine decadenziale dinanzi al giudice amministrativo, con la conseguenza che, dunque, in assenza di impugnazione e di annullamento da parte del giudice amministrativo, il provvedimento amministrativo adottato in applicazione di una norma di legge nazionale contrastante con il diritto eurounitario mantiene la sua naturale validità ed efficacia.

A tal proposito va ancora rammentato che la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1219 e, prima ancora, Corte Cass., 18 novembre 1995 n. 11934), al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri. Infatti la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia crea l'obbligo del giudice nazionale di uniformarsi ad essa e l'eventuale violazione di tale obbligo vizierebbe la sentenza secondo la disci-

plina dell'ordinamento interno e, al contempo, darebbe luogo a una procedura di infrazione nei confronti dello stato di cui quel giudice è organo (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019 n. 2890). Tale dovere sussiste indipendentemente dal fattore temporale e quindi dalla mera circostanza che la norma interna confliggente sia precedente o successiva a quella comunitaria (cfr. Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77). Allo stesso modo, le statuizioni della Corte di Giustizia, le quali chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell'Unione, possono e devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio, aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione della Corte (cfr. Corte Cost., ord. 23 giugno 1999 n. 255 e 23 aprile 1985 n. 113; Cass., Sez. I, 28 marzo 1997 n. 2787). Occorre poi rammentare, in particolare con riferimento al caso qui in esame, che è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (rectius, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario (cfr., pressoché in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072, ma a partire da Corte costituzionale 21 aprile 1989 n. 232, e in sede europea da Corte di Giustizia della Comunità europea, 22 giugno 1989, C-103/88 F.C., nonché Corte di Giustizia dell'Unione europea 24 maggio 2012, C-97/11 Amia).

Qualora, pertanto, emerga contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342).

15. - Fermo tutto quanto si è fin qui illustrato il Collegio deve farsi carico di rammentare che la tesi prevalente in giurisprudenza, allo stato e condivisa dal Collegio, tende ad affermare che il provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario non va considerato nullo, ai sensi dell'art. 21-septies L. n. 241 del 1990 per difetto assoluto di attribuzione di potere in capo all'amministrazione procedente, sebbene alla medesima amministrazione, per quanto si è sopra riferito, è fatto carico dell'obbligo di non applicare la norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario, in particolar modo quando tale contrasto sia stato sancito in una sentenza della Corte di giustizia UE.

Per effetto di tale prevalente orientamento, quindi, la violazione del diritto eurounitario implica solo un vizio di illegittimità non diverso da quello che discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, sussistendo di conseguenza l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'impugnabilità del provvedimento medesimo (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 8 settembre 2014 n. 4538).

Tale puntualizzazione assume maggiore rilievo proprio nel caso di specie. Infatti, nella presente sede, si è al cospetto del ricorso per l'ottemperanza della sentenza della Sezione n. 525/2013 nella quale appare evidente che il Collegio abbia fatto propria la tesi della doverosa impugnabilità degli atti di concessione sebbene adottati sulla scorta di una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario. Al punto 07 della sentenza della quale qui si chiede la corretta esecuzione si legge testualmente che "Quanto alla concessione n. 67/2003, successivamente rilasciata all'A.B. s.a.s. e depositata dal Comune agli atti del giudizio di primo grado, la stessa, oltre a potere ancora essere impugnata quando il primo giudice ha deciso, è stata effettivamente impugnata dalla M. s.r.l. con un nuovo ri-

corso". Non avendo la sentenza 525/2013 inciso sugli atti di concessione, essendosi limitata ad annullare i due atti attraverso i quali il Comune di Santa Margherita Ligure aveva respinto le richieste della società M. volte a sollecitare il predetto comune a bandire una selezione per l'affidamento della concessione demaniale nell'area di interesse, ciò vuol dire che il giudicato del quale si chiede qui l'ottemperanza non ha coinvolto gli atti concessori nel tempo rilasciati dal ridetto comune, che invece sono stati fatti oggetto di autonomi ricorsi giurisdizionali. Ne consegue che non rientra nell'alveo del potere di questo giudice dell'ottemperanza incidere sugli atti concessori rilasciati dal Comune di Santa Margherita Ligure, fuoriuscendo gli stessi - a maggior ragione quelli adottati successivamente alla pubblicazione dell'ottemperanda sentenza - dall'ambito del giudizio di esecuzione.

Diversamente opinando, posto che la legittimità o meno degli atti concessori in questione (i successivi titoli demaniali rilasciati a C.N. S.r.L. n. 67 del 2003 e n. 23/2009) è rimessa alla definizione dei contenziosi in essere (rispetto ai quali nel corso di questo giudizio si è avuta notizia della definizione in primo grado del contenzioso proposto a suo tempo dalla società M. per l'annullamento della concessione demaniale marittima 20 giugno 2003 n. 67, rilasciata alla società allora denominata A.B. di T.G. & C. sas, con sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, Sez. I, 22 maggio 2019 n. 471 che ha dichiarato improcedibile il ricorso "perché l'atto impugnato (c.d.m.n.67\2003) è scaduto fin dal 31\12\2009, quando è stato sostituito dalla nuova concessione n.23\2009 che risulta comunque oggetto di ricorso da parte della ricorrente"), il giudice dell'esecuzione finirebbe per dare rilievo, nel decidere sulla richiesta di ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato n. 525/2013, a fatti ed elementi (la legittimità delle concessioni demaniali marittime nel tempo rilasciate) che non sono riconducibili al perimetro del giudicato formatosi sulla sentenza da ottemperare.

16. - Da quanto sopra derivano le seguenti conseguenze.

In primo luogo gli atti con i quali è stata prorogata nel tempo la concessione demaniale marittima in questione non possono considerarsi nulli per violazione o elusione di giudicato, non rientrando gli stessi nel perimetro del giudicato medesimo, per la semplice ragione che la sentenza n. 525/2013, in ragione dell'esegesi lessicale delle parole in essa contenute, non ha mai annullato alcuna concessione demaniale marittima (neppure la originaria), essendosi (per come già riferito) limitata ad annullare due atti comunali con i quali si manifestava l'avviso contrario alla necessità di indire una selezione pubblica per l'affidamento della concessione.

In secondo luogo neppure possono considerarsi nulle (per contrasto con le norme eurounitarie, come vorrebbero le odierne società ricorrenti) le note comunali 27 febbraio 2019 e 7 marzo 2019 con le quali il Comune di Santa Margherita Ligure ha dato conto dell'ultimo intervento normativo di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime fino al 2033. Con riferimento a tali note appare evidente l'incapacità delle stesse a poter essere giuridicamente considerate quali atti posti in violazione o comunque in elusione del giudicato formatosi sulla sentenza 525/2013, dal momento che, trattandosi di atti confermativi (e non meramente confermativi, contenendo elementi nuovi, quale ad esempio il richiamo alla ultima disposizione di legge volta ad introdurre un ulteriore periodo di efficacia delle concessioni in essere fino al 2033) delle proroghe della originaria concessione, essi debbono preliminarmente essere gravati con l'ordinaria azione di annullamento nella competente sede di primo grado e non (come le società qui ricorrenti in esecuzione hanno ritenuto di effettuare) attraverso un ricorso recante motivi aggiunti introdotto nel corso di un giudizio di ottemperanza dinanzi al Consiglio di Stato, avviato per la corretta esecuzione di una sentenza di tale Consesso. In tali casi, questo giudice d'appello non può fare ricorso alla conversione degli stessi nel rito ordinario di cui all'art. 32, comma 2, periodo secondo c.p.a., in quanto così facendo si salterebbe un grado di giudizio

violerebbe il principio del doppio grado di giudizio e del corretto contraddittorio (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2014 n. 3217). Ne deriva che i ricorsi proposti e recanti motivi aggiunti sono da dichiararsi inammissibili. Il ricorso introduttivo per l'esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza 525/2013 va respinto in quanto dalla stessa non scaturisce recta via il travolgimento degli atti concessori, a maggior ragione anche quelli adottati in epoca successiva rispetto alla pubblicazione della suindicata sentenza, né si rinviene l'adozione da parte del Comune di Santa Margherita Ligure di atti, adottati successivamente alla pubblicazione della ridetta sentenza, che possono considerarsi violativi e/o elusivi del giudicato formatosi medio tempore. In conclusione vale la pena infine di ricordare che, a fronte del mancato annullamento di provvedimenti di rilascio di concessione demaniale marittima da parte della sentenza n. 525/2013, questo giudice dell'ottemperanza non può legittimamente disporre, in sede di esecuzione, un obbligo a carico del Comune di Santa Margherita Ligure comportante l'esercizio di un potere amministrativo che si compendia (come vorrebbero le società ricorrenti) nel bandire una selezione volta ad assegnare la concessione sull'area in questione attraverso una procedura competitiva, ostandovi l'attuale vigenza ed efficacia di una concessione rilasciata (in disparte se legittimamente o meno) in favore di un terzo soggetto (l'odierna società concessionaria).

17 - In ragione delle suesposte osservazioni il ricorso principale va respinto ed i ricorsi recanti motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili. (... *Omissis*...)

#### P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in esecuzione di giudicato (n. R.g. 4296/2018), come in epigrafe proposto, lo respinge, dichiarando altresì inammissibili i ricorsi recanti motivi aggiunti in esso proposti.

T.A.R. Liguria, sez. I, 24 ottobre 2019, n. 823 - Pres. Pupilella - Est. Goso - R. c. Comune di Porto Venere.

#### **DIRITTO URBANISTICO - edilizia - abuso edilizio - ordinanza di demolizione - preventiva verifica della sanabilità - non è prevista**

(Artt. 27, 31 e 36 d.P.R. n. 380/2001)

*In presenza di un abuso edilizio, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380/2001: tanto si evince chiaramente dagli artt. 27 e 31 dello stesso d.P.R. che, in tal caso, obbligano il responsabile del competente ufficio comunale a reprimere l'abuso, senza alcuna valutazione di sanabilità, nonché dal citato art. 36 che rimette all'esclusiva iniziativa della parte interessata l'attivazione del procedimento di accertamento di conformità urbanistica ivi disciplinato (cfr., fra le ultime, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 12 luglio 2019, n. 3864).*

(... *Omissis*...)

Per l'annullamento dell'ordinanza 6 marzo 2018 n. 2018, notificata il 10 marzo successivo, avente ad oggetto ingiunzione di demolizione di opere edilizie (ampliamento dell'unità immobiliare della ricorrente), nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio e connesso. (... *Omissis*...)

#### Fatto

La R. è proprietaria di un alloggio sito nel centro storico del Comune di Porto Venere, al piano terreno del civico n. X, di Scalinata Y, in zona paesaggisticamente vincolata.

In forza di concessione edilizia rilasciata il 26 aprile 2002, essa era stata autorizzata a realizzare un pergolato in legno presso la corte privata antistante l'alloggio suddetto: il progetto approvato prevedeva che il pergolato fosse aderente per un lato al fabbricato residenziale e per altri due lati ai muri di confine con vie pubbliche. Riferisce l'esponente che, per sopperire alle accresciute esigenze del suo nucleo familiare, il progettato pergolato è stato tamponato sull'unico lato aperto, ricavandone un locale avente superficie di mq 30 circa.

Previa articolata interlocuzione procedimentale, il Comune di Porto Venere, con provvedimento del 6 marzo 2008, ha ordinato la demolizione del locale realizzato in assenza di permesso di costruire e di autorizzazione paesaggistica. L'ordinanza di demolizione è stata impugnata dall'interessata con ricorso notificato il 6 maggio 2008 e depositato il successivo 16 maggio.

Questi i motivi di gravame:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del d.P.R. 380/2001. Difetto di presupposto. Travisamento di fatti.

Premesso che la documentazione prodotta nel corso del procedimento dimostrerebbe la preesistenza di un volume in corrispondenza di quello sanzionato, le opere assentite configuravano la realizzazione di un manufatto aperto su un solo lato, quindi di un volume vero e proprio: l'intervento attuato dalla ricorrente, pertanto, non sarebbe valutabile quale nuova costruzione o difformità essenziale, trattandosi di difformità parziale (dal titolo edilizio rilasciato per la realizzazione del pergolato) che non comporta necessariamente l'applicazione della sanzione demolitoria.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 in relazione all'art. 36 del d.P.R. 380/2001. Difetto di presupposto. Difetto di istruttoria. Prima di adottare la misura ripristinatoria, il Comune avrebbe dovuto verificare la sanabilità dell'abuso.

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 167 del d.lgs. n. 42/2004. Difetto di presupposto.

L'esistenza del vincolo non giustifica di per sé l'applicazione della misura ripristinatoria, tanto più che nella fattispecie è stato omesso l'accertamento di compatibilità paesaggistica.

Si costituiva formalmente in giudizio l'intimato Comune di Porto Venere.

Le parti in causa hanno depositato memorie in prossimità dell'udienza di trattazione.

Il ricorso, quindi, è stato chiamato alla pubblica udienza del 2 ottobre 2019 e ritenuto in decisione.

### Diritto

È contestata la legittimità dell'ordinanza di demolizione avente per oggetto il locale di civile abitazione abusivamente realizzato dalla ricorrente in area paesaggisticamente vincolata.

Come anticipato nelle premesse, detto locale, avente superficie di mq 30 circa e destinato a tinello/cucina, è stato realizzato in corrispondenza della corte antistante l'alloggio della ricorrente: i muri perimetrali dello stesso coincidono con i muri di delimitazione della proprietà; il volume è stato chiuso mediante una parete in legno, nella quale sono state ricavate una finestra e una porta-finestra; è stata installata una copertura in lastre metalliche coibentate. Ciò premesso, parte ricorrente denuncia, con il primo motivo di gravame, l'insussistenza dei presupposti richiesti per l'applicazione della sanzione demolitoria ex art. 31 t.u. edilizia.

Essa premette che la documentazione prodotta nel corso dell'istruttoria procedimentale avrebbe attestato la preesistenza di un volume in corrispondenza di quello sanzionato, ma non ricollega a tale rilievo specifiche censure di legittimità: è pacifico, in ogni caso, che sarebbe intercorso un significativo arco temporale tra la demolizione di tale ipotetico manufatto preesistente e la realizzazione dell'opera abusiva per cui si controverte (cfr. sentenza del Tribunale della Spezia n. 1462 del 6 dicembre 2007).

Le doglianze di parte ricorrente si incentrano, quindi, sulla concessione edilizia rilasciata nel 2002 per la realizzazione (rectius:

la ricostruzione) di un "pergolato con struttura in legno e rampicanti" presso la corte antistante l'unità abitativa: tale elemento, risultando già chiuso su tre lati corrispondenti al fabbricato principale e ai due muri di confine, avrebbe configurato un volume vero e proprio.

Ne consegue che l'intervento sanzionato, concretizzatosi nella chiusura dell'unico lato aperto con una parete in legno, non sarebbe qualificabile come nuova costruzione o difformità essenziale, trattandosi di difformità solo parziale, come tale non rientrando nel perimetro applicativo del citato art. 31.

Tale prospettazione non può essere condivisa.

È evidente, infatti, che la realizzazione del pergolato non era finalizzata alla creazione di una nuova superficie abitabile, ma semplicemente alla migliore fruizione dello spazio esterno all'unità abitativa della ricorrente.

Come riferito nella "relazione tecnica descrittiva" allegata all'istanza di concessione edilizia, infatti, "le opere che si andranno a realizzare consistono nel posizionare in orizzontale alcuni travicelli in legno, con interasse di circa 1,5 ml, in modo tale che su di essi venga fatta attecchire una vegetazione tale da provocare ombra su parte della corte pavimentata sottostante".

La tamponatura dell'unico lato aperto della corte privata e l'installazione di una copertura metallica hanno comportato, invece, la realizzazione di un organismo del tutto diverso da quello preesistente, con evidente aumento di volumetria in assenza dei prescritti titoli abilitativi edilizi e paesaggistici.

Non può pertanto dubitarsi, sotto questo profilo, della legittimità della misura ripristinatoria applicata con il provvedimento impugnato. Con il secondo motivo di ricorso, l'esponente sostiene che, in ossequio ai principi di economia e di buon andamento dell'azione amministrativa, il Comune, prima di ordinare la demolizione, avrebbe dovuto verificare la sanabilità dell'abuso.

Ha precisato univoca giurisprudenza che, in presenza di un abuso edilizio, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380/2001: tanto si evince chiaramente dagli artt. 27 e 31 dello stesso d.P.R. che, in tal caso, obbligano il responsabile del competente ufficio comunale a reprimere l'abuso, senza alcuna valutazione di sanabilità, nonché dal citato art. 36 che rimette all'esclusiva iniziativa della parte interessata l'attivazione del procedimento di accertamento di conformità urbanistica ivi disciplinato (cfr., fra le ultime, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 12 luglio 2019, n. 3864).

L'applicazione di tali consolidati principi comporta la diagnosi di infondatezza della censura sollevata con il secondo motivo di ricorso. Infine, con il terzo motivo, l'esponente rileva che l'esistenza del vincolo paesaggistico non avrebbe giustificato di per sé la sanzione demolitoria, tanto più in assenza dell'accertamento di compatibilità paesaggistica. Anche quest'ultima censura è priva di pregio, poiché l'assenza del prescritto titolo edilizio costituiva condizione sufficiente a giustificare l'esercizio del potere repressivo nei confronti dell'opera abusiva.

Fermo restando che il procedimento volto all'accertamento della compatibilità paesaggistica dell'intervento edificatorio non può prescindere da un'istanza del soggetto interessato che, nel caso di specie, non è stata presentata.

Per tali ragioni, il ricorso è infondato e, pertanto, deve essere respinto. La risulanza della controversia, non priva di peculiarità in rapporto alla tipologia di abuso contestato, induce il Collegio a disporre la compensazione delle spese di lite.

### P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

(...*Omissis*...)

# Massimario

T.A.R. Liguria, sez. I, 30 luglio 2019, n. 680 - Pres. Daniele - Est. Nasini - X. (Avv. Stagnaro) c. Ministero dell'Interno e Questura di Genova (Avv. distr. Stato), c. Regione Liguria (Avv.ti Castagnoli e Bozzini) e c. Comune di Rapallo (non costituito).

**AGENZIE DI SCOMMESSE - disciplina distanze minime - "luoghi sensibili" - differenza rispetto alle sale da gioco - ludopatia - non applicabilità.**

(Decreto 12/2/2019, prot. P.A.S. nr. 3/2019, cat. 11E, della Questura di Genova; l.r. Liguria 30 aprile 2012, n. 17; delibera C.C. n. 8/2013 del Comune di Rapallo; T.A.R. Liguria, sez. I, 25 luglio 2018, n. 646; Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2017, n. 2956; T.A.R. Lombardia, sez. I, 13 marzo 2015, n. 706)

*La normativa regionale e comunale relativa alle sale da gioco - e in modo particolare la disciplina sulle distanze minime dai "luoghi sensibili" - non si applica alle agenzie di scommesse, in ragione della differenza tra le sale da gioco dotate di strumenti elettronici (VLT) e i punti di mera raccolta e gestione delle scommesse, sicché soltanto alle prime si applicano le limitazioni distanziometriche dovute al maggiore rischio per la ludopatia a queste associato.*

O.C.

T.A.R. Liguria, sez. II, sent. 13 agosto 2019, n. 688 - Pres. Pupilella - Est. Morbelli - Policlinico di Monza S.p.A. (Avv.ti Dal Piaz e Russo) c. Regione Liguria (Avv. Picocchi), Regione Liguria - Stazione Unica Appaltante Regionale (Suar), Regione Liguria - Direzione Centrale Organizzazione - Settore Affari Generali (non costituiti in giudizio), Asl2 Savonese (Avv. Pipicelli) e nei confronti di Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.A. (Avv.ti Pacciani, Esposito, Gentiloni Silveri) e Ospedale San Giuseppe - Presidio Ospedaliero di Savona, Ospedale S. Maria della Misericordia - Presidio Ospedaliero di Albenga/Pietra Ligure (non costituiti in giudizio).

**ANOMALIA DELL'OFFERTA - verifica dell'anomalia - competenza della stazione appaltante - scelta del soggetto deputato alla verifica in sede di redazione della lex specialis - individuazione del soggetto deputato alla verifica nella Commissione - ammissibilità.**

(Art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016)

*L'individuazione del soggetto deputato alla verifica di anomalia dell'offerta è "rimessa alla stazione appaltante in sede di redazione della lex specialis di gara", poiché essa è "la sola che conoscendo le peculiarità della singola competizione, in termini di valore economico, complessità fattuale, esigenze di rapidità ecc., può consapevolmente decidere a quale organo fare svolgere la verifica".*

*Essendo sia il RUP che la Commissione, "nella normalità dei casi, organi della stazione appaltante", questa può individuare la Commissione quale soggetto competente a verificare l'ano-*

*malia dell'offerta, poiché essa, meglio di altri soggetti, "conosce l'offerta per averla valutata".*

S.F.

T.A.R. Liguria, sez. I, 30 luglio 2019, n. 679 - Pres. Daniele - Est. Nasini - Associazione Arci e Associazione Consumatori Liguria (Avv. Feroletto) c. Regione Liguria (Avv.ti Castagnoli e Crovetto) e c. Comune di Genova (Avv.ti Pessagno e Burlando) e nei confronti di Camera di Commercio Industria ed Artigianato di Genova (non costituita).

**ATTIVITÀ COMMERCIALI - individuazione di zone di particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico per l'insediamento di attività commerciali - divieto di somministrazione di alimenti e bevande da parte di associazioni e circoli privati - irragionevolezza del criterio soggettivo di individuazione dell'attività da vietare - esercizi di natura economica rivolti a un pubblico "esterno" e potenzialmente accessibili a chiunque - attività di somministrazione di alimenti e bevande da parte di associazioni e circoli privati a favore dei soli soci - mancata partecipazione al procedimento delle associazioni di categoria e di enti rappresentativi del mondo del no profit.**

(Art. 1, comma 4, d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222; art. 52, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; artt. 2 e 3, d.P.R. 4 aprile 2001, n. 235)

*Il divieto a esercitare una specifica attività commerciale all'interno di delimitate zone di particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico, disposto con deliberazione del comune, d'intesa con la regione, è illegittimo se fondato su un criterio soggettivo anziché riferito al tipo, in quanto tale, di attività commerciale o alla categoria merceologica, a maggior ragione in assenza di una specifica e chiara motivazione di tale previsione.*

*L'attività di somministrazione di alimenti e bevande esercitata da associazioni e circoli privati a beneficio esclusivo dei soci, nell'attività istituzionale dell'ente, e comunque non destinata al pubblico "esterno" non rientra nelle tipologie di esercizi che possono essere limitate o vietate all'interno di zone aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico, in quanto inidonee a incidere negativamente sul patrimonio e sull'immagine culturale e artistica di quello specifico ambito territoriale.*

*Nel corso del procedimento con cui il comune, d'intesa con la regione, adotta deliberazioni volte a delimitare zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico all'interno delle quali è vietato l'esercizio di una o più attività commerciali, devono essere sentite le associazioni di categoria, quali gli enti del "terzo settore" maggiormente rappresentativi del mondo del no profit e le organizzazioni, presenti anche a livello territoriale, che ne tutelano gli interessi a livello "politico" e amministrativo.*

N.F.

# Documenti

## La richiesta referendaria della Regione Liguria in materia elettorale\*

**Lara Trucco**

Ordinario di Diritto costituzionale  
nell'Università di Genova

**Sommario:** 1. Il quesito referendario. - 2. L'ammissibilità referendaria alla luce della normativa di risulta. - 3. Segue: ... e alla luce della chiarezza, omogeneità e univocità del quesito.

### 1. Il quesito referendario.

La Liguria è stata tra le regioni che hanno approvato la richiesta di svolgimento del referendum il cui quesito, incidendo sui quattro testi legislativi qui di seguito riportati, è diretto ad abrogare la parte proporzionale delle norme per le elezioni politiche (1), puntando così a far residuare un sistema interamente basato su collegi uninominali (2).

**QUESITO:** "Volete voi che siano abrogati:

a. il Testo Unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei Deputati [T.U. Cam.], approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, nel testo risultante dalle modificazioni ed integrazioni ad esso successivamente apportate, limitatamente a [segue l'indicazione delle norme di legge di cui si propone la abrogazione ...];

b. il decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, recante testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica [T.U. Sen.], nel testo risultante dalle modificazioni ed integrazioni ad esso successivamente apportate, limitatamente alle seguenti parti: [segue l'indicazione delle parti di cui si propone l'abrogazione ...];

c. la legge 27 maggio 2019, n. 51 [disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari], limitatamente alle seguenti parti: [segue l'indicazione delle parti di cui si propone l'abrogazione ...];

d. la legge 3 novembre 2017, n. 165 [Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali], limitatamente alle seguenti parti: [segue l'indicazione delle parti di cui si propone l'abrogazione ...]."

Trattasi - è appena il caso di rammentarlo - della procedura prevista dalla Costituzione (art. 75) come attuata dalla legge n. 352 del 1970 (art. 29) (3) ed i cui contenuti verranno qui esaminati ai fini di una valutazione prognostica dell'ammissibilità del quesito da parte della Corte costituzionale, spostando poi l'attenzione sulla "fisionomia" della (eventuale) normativa di risulta, pur nella consapevolezza della fluidità della situazione e, pertanto, dell'alea a cui è soggetta la relativa analisi.

### 2. L'ammissibilità referendaria alla luce della normativa di risulta.

Com'è noto, la Corte costituzionale si è resa disponibile da tempo a pronunciarsi in punto di ammissibilità di referendum abrogativi anche oltre i limiti espliciti recati dalle norme costituzionali, com'è appunto avvenuto in materia elettorale (sent. n. 47 del 1991) (4), individuando una serie di limitazioni/requisiti impliciti, di carattere specifico (v. qui appresso) e/o di portata più generale (v., *infra*, al §3).

Con riguardo al quesito formulato dal consiglio regionale della Liguria, una prima considerazione concerne il fatto di riguardare una normativa la cui «esistenza e vigenza» risulta indispensabile «per assicurare il funzionamento e la continuità» di quell'«organo costituzionale della Repubblica» che è il Parlamento (sentt. n. 15 e n. 16 del 2008) e che pertanto va annoverata tra quelle «costituzionalmente necessarie», la cui abrogazione non può e non deve produrre vuoti incolmabili in attesa di discipline integrative (5). Di qui, dunque, la necessità di verificare la disponibilità «in ogni tempo», a seguito di un eventuale esito positivo del referendum «di norme operanti», idonee a garantire il rinnovo e la funzionalità dell'organo parlamentare, scongiurando, nel contempo, paralisi del potere di scioglimento del Presidente della Repubblica (v., ad es., la sent. n. 29 del 1987 e le sentt. n. 47 del 1991, n. 5 del 1995, n. 26 del 1997 e n. 13 del 1999).

A tale riguardo, si osserva che l'abrogazione non riguarderebbe il testo normativo nella sua interezza, nella prospettiva di innescare la reviviscenza della normativa elettorale pregressa, secondo modalità a cui la Corte costituzionale non ha accondisceso in precedenti occasioni (sent. n. 13 del 2012 ed in termini più generali sentt. n. 12 del 2014 e n. 5 del 2015) (6), ma tenderebbe, mediante una manipolazione dei testi legislativi, a fare emergere dalla parziale normativa superstite una diversa soluzione in punto di sistema elettorale.

La Corte, del resto, ancora di recente (sent. n. 26 del 2017) ha assecondato operazioni «di ritaglio» volte a modificare il significato dei testi legislativi con riguardo a discipline già contenute *in nuce* nel tessuto normativo (7): per cui nel senso dell'ammissibilità potrebbe militare la considerazione della sussistenza, già ad oggi, nell'ambito del complessivo sistema elettorale, di un'ispirazione uninominalistica. Diversamente dovrebbe concludersi evidenziando l'«assetto sostanzialmente nuovo» (sent. n. 26 del 2017) che interverrebbe a seguito del passaggio dal sistema misto vigente all'uninominalità pura (del resto, nelle precedenti tornate referendarie in materia elettorale il cambiamento non era stato così significativo, essendo persistita una certa «ibridazione» del sistema di elezione (8)). Ed infatti, la Consulta è ferma nel censurare i casi in cui rilevi la finalizzazione della manipolazione della struttura linguistica della disposizione all'introduzione di una disciplina di nuova statuizione «assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo» (sentt. n. 36 del 1997, n. 13 del 1999, n. 34 del 2000 e n. 43 del 2003) (9).

Passando dal quadro generale ai dettagli, va notato che l'operazione di «chirurgia normativa» che ci si propone di compiere presenta alcune distonie dovute al perdurante richiamo (ma, del resto, come si sarebbe potuto fare?) alle «liste di candidati» (v., ad es. l'art. 18-*bis* e l'art. 21 T.U. Cam.) o ai collegi plurinominali (v., ad es. l'art. 31, c. 4 e l'art. 59-*bis* della normativa di risulta), in un contesto in cui non avrebbero più ragione d'essere (dato che si avrebbe a che fare con liste

\* Rielaborazione dell'audizione svolta, martedì 24 settembre 2019, presso la Commissione I - Affari istituzionali del Consiglio regionale/Assemblea legislativa della Liguria sulla «richiesta di indizione di referendum per l'abrogazione di norme nazionali sull'elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica», presentata il 16 settembre 2019.

“monopersonali” e collegi esclusivamente “uninominali”). Anche se ciò potrebbe non arrivare ad inficiare l’ammissibilità del quesito, alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto la plausibilità di «inconvenienti» delle norme di risulta, pur sempre a condizione che (come parrebbe essere nel caso di specie) essi non incidano «sull’operatività del sistema elettorale», né paralizzino «la funzionalità dell’organo» (sentt. n. 32 del 1993 e n. 33 del 1993) (10).

Di più arduo adempimento potrebbe risultare invece l’esigenza - che a quel punto sarebbe indefettibile - di rimettere mano al disegno dei collegi elettorali. In caso di esito positivo della consultazione referendaria, infatti, non si potrebbe (più) fare riferimento ad una norma analoga a quella (ormai, per così dire, “consumata”) del *Rosatellum-bis* (art. 3 della legge n. 165 del 2017) (11). Né a rimediare ad una tale lacuna potrebbero essere invocate, ci pare, le norme di “delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali” contenute nella legge “per assicurare l’applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari” a cui si rivolgono i proponenti, nella formulazione del quesito (v., *supra*, la legge n. 51 del 2019).

Difatti, a parte il *novum* (difficilmente ammissibile) di ricreare per via referendaria una delegazione legislativa (mancherebbe il sinallagma costituzionalmente prescritto delegante-delegato), a seguito dell’intervento abrogativo, residuerebbe un disposto del seguente tenore: “il Governo è delegato ad adottare, entro sessanta giorni, un decreto legislativo per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali per l’elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica”. Ci si troverebbe cioè dinnanzi ad una delega per la ridefinizione del formato circoscrizionale priva sia di *dies a quo*, sia di oggetto, difettandovi l’indicazione della normativa rispetto a cui la stessa dovrebbe essere esercitata ed a cui andrebbe riferita in violazione delle norme costituzionali (art. 76 Cost.).

Di qui, dunque, come si è in parte anticipato, il presentarsi, verosimilmente, di una situazione inedita, in cui la mancanza di “autoapplicabilità” della normativa residuale, con la conseguente dichiarazione di inammissibilità del *referendum* in questione, deriverebbe dall’insussistenza di una valida legge di delegazione per il disegno dei collegi elettorali.

### 3. Segue: ... e alla luce della chiarezza, omogeneità e univocità del quesito.

Tra i requisiti che secondo la Consulta devono presidiare la libertà di voto, rilevano l’univocità e l’omogeneità (sent. n. 16 del 1978), in quanto funzionali all’imprescindibile chiarezza dell’operazione referendaria «venendole a conferire, rispettivamente, chiarezza nella finalità unidirezionale e chiarezza nella struttura del quesito» (sentt. n. 47 del 1991 e n. 17 del 2008).

Com’è noto, il requisito dell’omogeneità (a cui possono ricondursi quelli della coerenza ed intellegibilità) comporta che il quesito referendario non possa contenere più richieste non riconducibili ad una matrice razionalmente unitaria (v. ad es., le sentt. n. 16 del 1978, nn. 24, 28 e 29 del 1981, n. 27 del 1982, n. 29 del 1987, n. 47 del 1991, n. 29 del 1993 e n. 6 del 1995).

Pertanto, quando il quesito prende in considerazione, come nella specie, una pluralità di disposizioni, «occorre ricercare se le norme medesime, obiettivamente considerate nella loro struttura e nelle loro finalità, presentino un comune principio, la cui eliminazione dall’ordinamento attraverso l’abrogazione referendaria, o la cui permanenza in alternativa, verrà a dipendere dalla risposta che il corpo elettorale fornirà al quesito medesimo» (sent. n. 16 del 1997).

In passato, sono state così ritenute inammissibili richieste

nelle quali ciascun quesito da sottoporre al corpo elettorale conteneva una «pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire ricondotto alla logica dell’art. 75 Cost.; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l’istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare» (sent. n. 16/1978). Sono stati dichiarati invece ammissibili *referendum* elettorali che, pur consistendo in una pluralità di domande, risultavano nondimeno intimamente connessi, in quanto volti all’ottenimento di un sistema elettorale di un certo tipo invece che di un altro» (sentt. n. 32 del 1993 e spec. n. 33 del 1993).

Su questa base, il quesito in esame parrebbe soddisfare il requisito dell’omogeneità, essendo volto, nel suo complesso e, dunque, nel quadro di tutti e quattro i testi di legge riguardati, ad abrogare “le disposizioni sull’attribuzione dei seggi con metodo proporzionale in collegi plurinominali”, presentando, in ultima analisi, il «criterio ispiratore fondamentalmente comune» dato dalla traslazione del sistema in senso maggioritario.

Qualche criticità in più, invece, a nostro parere, presenta il profilo dell’univocità del quesito stesso, a detrimento della chiarezza dell’intera operazione referendaria. Si rammenta, al proposito, che nella propria giurisprudenza, la Corte costituzionale, pur sempre volgendo l’attenzione al rispetto della fondamentale esigenza che venga garantita agli elettori l’espressione di un voto consapevole, ha chiarito che le alternative proposte agli elettori devono essere “univoche negli esiti”, ovvero riconducibili «ad unità» (sent. n. 16 del 1978).

È stato quindi su questa base che la Corte ha fatto divieto di sottoporre «a consultazione popolare» quesiti «di dubbio significato» (sent. n. 28 del 1987) così come prospettazioni “oggettivamente ambigue” «sia nel quesito referendario sia nella normativa di risulta» ed “equivoche” a motivo del perseguimento di «due obiettivi non necessariamente coincidenti» (sent. n. 47 del 1991). Il che, ci pare, fa sorgere qualche dubbio in punto di ammissibilità di una domanda referendaria che, come quella in esame, nel presentarsi unitariamente, sottende, in realtà, due diversi quesiti, così esplicitabili:

#### Quesiti:

1) “*volete voi che siano abrogate le disposizioni sull’attribuzione dei seggi con metodo proporzionale in collegi plurinominali nell’elezione della Camera dei deputati?*”

2) “*volete voi che siano abrogate le disposizioni sull’attribuzione dei seggi con metodo proporzionale in collegi plurinominali nell’elezione del Senato della repubblica?*”

Nello specifico, una simile formulazione comporta ed impone l’unicità di una scelta (abrogazione delle norme di elezione sia della Camera, sia del Senato) che, invece, gli elettori dovrebbero poter mantenere divisa con la previsione e l’applicazione di due sistemi elettorali diversi per l’elezione di ciascun ramo del Parlamento.

Di qui, dunque, come si diceva, la possibilità che la Corte ravvisi nel caso di specie la presenza di quella forma di coercizione della libertà di scelta censurata a più riprese, dovuta alla impossibilità per l’elettore di modulare il proprio voto sulla base della «diversità degli esiti legislativi sottesi alle singole disposizioni oggetto di *referendum*» (sentt. n. 16 del 1978 e n. 47 del 1991), ovvero al fatto di «dover esprimere un voto bloccato su una pluralità di atti e di disposizioni diverse» (sentt. n. 12 del 2014, n. 6 del 2015). Ciò che del resto parrebbe avallato dal fatto che le precedenti tornate referendarie in materia abbiano avuto ad oggetto profili concernenti alternativamente l’una o l’altra Camera (e mai, congiuntamente,

entrambe). Del resto, un indizio della mancanza di univocità pare forse reperibile, sia pure in controluce, nella stessa relazione di accompagnamento al testo della proposta referendaria, dove viene dato rilievo soltanto all'omogeneità del quesito e non invece al requisito in questione (che non viene nemmeno menzionato) (12).

Più in generale, si rileva problematicamente l'impatto che l'ipotesi referendaria avrebbe sullo stesso principio bicamerale, costringendo ad un'omologazione assai spinta dei criteri di reclutamento delle due Camere il cui fine rappresentativo viene invece mantenuto, dalla Costituzione, distinto, come del resto sta a testimoniare l'elezione su base regionale del Senato (artt. 56 e 57 Cost.). Certo: non sfugge che una tale criticità potrebbe essere emarginata avendo la Corte escluso, ancora in tempi recenti ed in conformità ad una costante giurisprudenza, che in sede di controllo di ammissibilità dei referendum, possano venire in rilievo profili di incostituzionalità sia della legge oggetto di referendum sia della normativa di risulta (sentt. nn. 45, 46, 47 e 48 del 2005, n. 15 e n. 16 del 2008 e, più di recente, sent. n. 17 del 2016) (13). Ma ci si chiede se tale *self-restraint* potrebbe arrivare ad ammettere un *vulnus* sia pure provvisorio a principi di sistema, proprio in una materia, come quella della rappresentanza elettiva, in cui la stessa Corte ha manifestato, in tempi recenti, un notevole attivismo (v. per tutte le sentt. n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017) (14).

Per ulteriore profilo, meriterebbe, probabilmente, un *surplus* di attenzione la questione dell'interesse delle regioni a proporre un referendum di questo tipo, specie se si condivide l'idea che, sottesa al disposto costituzionale (art. 75 Cost.), sia una *ratio* "antimaggioritaria" di tutela delle regioni avverso leggi statali variamente pregiudizievoli nei loro confronti. In quest'ottica, si è portati infatti a ritenere che il referendum proposto da cinque regioni al Parlamento potrebbe essere dichiarato ammissibile solo avendo ad oggetto questioni, per l'appunto, "ridondanti" sull'interesse regionale e non, invece, come parrebbe essere nel caso in esame, dinnanzi a profili avulsi dal contesto riguardato (non esclusa, a ben vedere, quella concernente l'elezione dello stesso Senato) (15).

#### Note.

(1) Il 27 settembre, nelle more della pubblicazione, nonostante un voto negativo della Commissione Affari istituzionali, la proposta referendaria è stata approvata dall'Assemblea, andando così la Liguria ad associarsi alle altre sette regioni (ne sarebbero bastate cinque) che hanno votato favorevolmente all'iniziativa referendaria (e cioè a dire, Veneto, Sardegna, Lombardia, Friuli-Venezia Giulia, Piemonte, Abruzzo e Basilicata). Pertanto, il quesito potrà ora essere depositato nel rispetto delle tempistiche (e cioè a dire, entro il 30 settembre) presso la Corte di Cassazione; dopodiché l'Ufficio centrale segnalerà eventuali irregolarità (entro il 31 ottobre) ed interverrà in punto di legittimità della medesima (entro il 15 dicembre). A quel punto sarà la Corte costituzionale a svolgere il proprio giudizio, pronunciandosi sull'ammissibilità del referendum (con decisione da pubblicarsi entro il 10 febbraio 2020).

(2) Cfr. la *Relazione di accompagnamento* alla proposta di deliberazione, Atto consiliare del 16 settembre 2019, prot. n. 500 del 2019.

(3) In materia, cfr. P. Costanzo, *Teoria e pratica dell'iniziativa referendaria regionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 167 ss.; M. Mezzanotte, *Referendum abrogativo, giudicato costituzionale e Regioni promotrici*, in *Giur. it.*, 1998, 1770 ss.

(4) Si vedano, tra i principali studi monografici condotti all'epoca sul tema, A. Giorgis, *I referendum elettorali. Il "compromesso" n. 47/91*, Torino,

1991; P. Carnevale, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, 1992; G.M. Salerno, *Il referendum*, Padova, 1992; F. Lanchester (a cura di), *I referendum elettorali: "L'innovazione istituzionale forzata: il referendum abrogativo tra stimolo e rottura"*, Roma, 1992; e A. Cariola, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano, 1994.

(5) Ragionano problematicamente sulle "applicazioni ondivaghe" a cui un tale "limite implicito" ha dato e potrebbe dar luogo, E. Lamarque, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2005, 1 e S. Penasa, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, *ivi*, 2005, 1.

(6) Tanto da portare parte della dottrina a parlare, in casi del genere, di "inammissibilità annunciate" (così M. Ruotolo, *Un'inammissibilità annunciata. Commento a prima lettura a Corte cost., sent. n. 13/2012*, in *Federalismi.it*, del 1° febbraio 2012; cfr., inoltre, in argomento, v. R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiottio, P. Veronesi, *Nel «limbo» delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino, 2012).

(7) Al proposito, più di una qualche riserva sulla possibilità di «legiferare per sottrazione», abrogando «parola per parola» è stata avanzata, in particolare, da C. Mezzanotte, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, in *Nomos*, 2007, 51-52, ritenendo questo tipo di operazione paragonabile alla situazione in cui «qualcuno partendo dal testo della Divina Commedia, volesse riscrivere l'Infinito senza avere a disposizione l'intero panorama della lingua italiana [...]».

(8) Cfr., al riguardo, spec. A. Giorgis, *I referendum elettorali. Il "compromesso" n. 47/91*, cit., *passim*; ed i vari interrogativi posti da E. Bettinelli, *Le nuove regole del gioco*, nell'Introduzione al volume di E. Pozzi, S. Rattazzi, *Farsi eleggere. La campagna elettorale nella Seconda Repubblica*, Milano, 1994, X.

(9) Più in generale, il Giudice costituzionale è parso attento, in situazioni del genere, a scongiurare il rischio di avallare operazioni di trasformazione del referendum abrogativo in forme referendarie di tipo consultivo o addirittura propositivo (in violazione, in partic., del combinato disposto degli artt. 1, 48 e 75 Cost.). Cfr., al riguardo e più in generale, in argomento, A. Gigliotti, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Milano, 2009, 234; e A. Pertici, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, *passim*.

(10) Cfr., sul punto, all'epoca, G.G. Floridia, *Referendum elettorali e difetti della normativa di risulta: "inconvenienti" vs. "impedimenti"?*, in *Giur. cost.*, 1993, 225 ss.

(11) V., *infra*, la nota 17.

(12) V. *supra* alla nota 2.

(13) Considera particolarmente problematico il fatto che «ragionando in questo modo», si finirebbe «col garantire l'immunità ai vizi più gravi che possono caratterizzare una legge elettorale», partic. M. Croce, *Incostituzionalità ipotetiche, "probabilità concrete" e "aspetti problematici": quando la Corte vede ma non provvede*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008, 3; ritiene che invece la Corte in varie occasioni mostri di volere «ed anzi di dovere» incorporare nel sindacato di ammissibilità un giudizio anticipato di legittimità costituzionale A. Ruggeri, *"Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, *ivi*, 2005, 4.

(14) Sulla situazione di stallo che, invece, si era venuta a creare in precedenza, seguendosi «le vie normali di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi» (Corte cost., sentt. n. 15 e n. 16 del 2008), sia consentito rinviare a L. Trucco, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, 243 ss.

(15) Del resto, parrebbe militare in questo senso la recente vicenda del "referendum sulle trivelle", presentato da cinque regioni dichiarato ammissibile dalla Corte (anche se poi, il 17 aprile 2016 non raggiunse il *quorum*), dato che in quell'occasione un esito positivo della consultazione avrebbe avuto delle ricadute dirette sui territori regionali, specie con riguardo alla durata delle concessioni per estrarre idrocarburi in zone di mare.

Più in generale, sulla possibilità di prospettare un limite specifico all'iniziativa referendaria regionale a motivo dell'"interesse regionale" allo svolgimento della consultazione popolare, cfr. P. Costanzo, *Teoria e pratica dell'iniziativa referendaria regionale*, cit., 181.

## Sezione di diritto tributario

# Massimario

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 31 gennaio 2019, n. 44 - Pres. Mignone - Rel. Scanu.

### **ACCERTAMENTO - società - amministratore di fatto - responsabilità pretesa tributaria.**

*L'amministratore di fatto è il soggetto che, pur non essendo stato investito formalmente della carica di amministratore della società, svolge in modo continuativo l'attività gestoria ed esercita i poteri relativi alla qualifica o alle funzioni dell'amministratore di diritto; in materia di violazioni tributarie risponde esclusivamente la società con conseguente infondatezza della pretesa tributaria dell'Ufficio a carico dell'amministratore "de facto".*

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 5 marzo 2019, n. 286 - Pres. Caputo - Rel. Barabino.

### **ACCERTAMENTO - principio di affidamento - successivo disconoscimento esenzione.**

*L'autorevolezza della fonte che ha emanato l'atto e la sua istituzionale collocazione nell'ordinamento, costituiscono le ragioni dell'affidamento del contribuente, che ha agito in conformità all'autorizzazione della Autorità Doganale, per cui l'elemento scusante non è psicologico, cioè l'errore di valutazione del singolo, ma sull'affidamento che diventa legittimo in quanto riposto in atti formali provenienti dall'autorità preposta alla potestà di imposizione. (Nel caso di specie una società di navigazione extraunionale aveva ottenuto dall'Agenzia doganale genovese l'esenzione dal pagamento delle accise sul rifornimento di carburante, in conseguenza del riconoscimento dello status di c.d. disarmo "attivo" all'imbarcazione, come disciplinato dal D. Lgs. 504/95; successivamente l'Agenzia delle Dogane aveva disconosciuto l'esenzione ritenendola non applicabile a società di navigazione non unionali).*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 marzo 2019, n. 183 - Pres. Delucchi - Rel. Morbelli.

### **ACCERTAMENTO - residenza persone fisiche - onere prova - rilevanza voluntary disclosure.**

### **ACCERTAMENTO - residenza persone fisiche - onere prova - elementi indiziari.**

*Ai fini della residenza all'estero di una persona fisica rileva il possesso di una abitazione nell'alto Stato, la frequenza da parte delle figlie minori alla scuola estera, lo svolgimento di attività lavorativa nell'altro Stato: tali elementi consentono di escludere che il ricorrente sia residente in Italia. A confutare tali elementi non è sufficiente addurre che il ricorrente avesse aderito alla voluntary disclosure prevista dall'art. 1, commi 1 e 2 l. 24 dicembre 2014 n. 186. Pertanto al di fuori dei periodi di imposta interessati dalla voluntary disclosure l'Ufficio non può di per sé considerare il contribuente soggetto "eterovestito" ma deve fornire la prova, anche mediante presunzioni, della sua residenza in Italia.*

*Pur avendo notevoli proprietà in Italia, è ben possibile che il soggetto abbia comunque residenza o domicilio all'estero. Quanto alle utenze telefoniche fisse, è sufficiente considerare l'importo delle fatturazioni (solo € 13 in 4 mesi) per rendersi conto dello scarso*

*utilizzo della stessa. Infine il possesso del motociclo non è idoneo di per sé ad inferire alcunché in ordine all'effettiva residenza o domicilio.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 1 aprile 2019, n. 224 - Pres. Graziano - Rel. Mazzarino.

### **ACCERTAMENTO - agevolazione - enti non commerciali - elementi indiziari - rimedi.**

*È corretta la contestazione dell'Ufficio in merito alla violazione dell'art 148 TUIR laddove non sono state rispettate le clausole, pur inseriti nello Statuto di divieto di distribuire anche in modo indiretto utili o avanzi di gestione, obbligo di redigere e di approvare annualmente un rendiconto economico finanziario secondo le disposizioni statutarie, eleggibilità libera degli organi amministrativi, sovranità dell'assemblea dei soci associati o partecipanti e i criteri di loro ammissione ed esclusione, criteri e idonee forme di pubblicità delle convocazioni assembleari, delle relative deliberazioni, dei bilanci o rendiconti.*

(Nel caso di specie l'Ufficio riscontrava la violazione del principio di eleggibilità libera degli organi amministrativi, la non operatività sostanziale del Consiglio Direttivo, la mancata convocazione delle relative assemblee, la mancata redazione di verbali, l'assenza del numero legale minimo, l'assenza della redazione del rendiconto preventivo e consuntivo tali da permettere un potenziale controllo da parte degli associati sulla gestione dell'ente; l'ammissione dei soci è rimasta assolutamente disattesa in quanto tale compito era affidato al Consiglio Direttivo che, però, non è stato più istituito almeno dal luglio 2012. Inoltre, erano state emesse delle ricevute per "quota associativa mensile" o "quota associativa trimestrale" o "quota associativa 10 ingressi", quindi l'effettiva quota associativa era solo quella descritta come "iscrizione", quindi "soci" momentanei o periodici senza, però, alcun intervento del Consiglio Direttivo. L'Associazione appare condotta con una gestione personale dal Presidente dell'Associazione fin dalla sua costituzione nel 2005. Il comportamento dell'Associazione ha fatto venire meno i requisiti per avere il diritto di applicare la normativa prevista dal TUIR per gli Enti non commerciali e quindi beneficiare della speciale normativa riguardante le agevolazioni fiscali prevista per le associazioni sportive dilettantistiche di cui alla L. 398/1991.)

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 10 settembre 2019, n. 1013 - Pres. Delucchi - Rel. Laurenzana.

### **ACCERTAMENTO - ente associativo - trattamento agevolato - indici reale natura ente.**

*L'Ente di tipo associativo può godere del trattamento agevolato (stato di "extrafiscalità") che lo esenta da ogni prelievo fiscale a condizione non solo della sussistenza dei requisiti formali (inserimento nell'atto costitutivo-statuto di tutte le clausole indicate nell'art. 5 D. Lgs 460/97) ma soprattutto sulla base della effettiva attività "no profit" svolta. Ai fini della valutazione della reale natura dell'Ente, non si ritiene sufficiente quindi la mera auto qualificazione da atto costitutivo-statuto, ma occorre fare riferimento all'affettiva democratica partecipazione degli associati alla vita dell'Associazione, controllo sulle attività poste in essere, sulla gestione, sulla rendicon-*

*tazione e/o bilanci e la effettiva partecipazione degli associati alle assemblee e sulla effettiva natura della quota associativa, rivolta esclusivamente all'attuazione degli scopi istituzionali nei confronti degli associati medesimi.*

(Nel caso di specie alla società viene riconosciuto il carattere commerciale dell'attività svolta al suo interno alla luce dei numerosi elementi quali la pubblicità atta a promuovere servizi commerciali, i numerosi corsi con assistenza di personale, i corrispettivi versati dagli iscritti/frequentatori della palestra in misura variabile alla prestazione richiesta ed attuata, in contratto con la modesta quota associativa annuale, l'ampia ed attrezzata palestra per le varie discipline, la composizione del fondo associativo, la distribuzione delle cariche sociali nell'ambito dei soci fondatori - Presidente e Consiglio Direttivo - e la loro rinomina ad organi direttivi e la scarsa / nulla partecipazione degli iscritti / frequentatori della palestra alla vita dell'associazione alla luce della asserita non ricevuta convocazione e non partecipazione alle assemblee; infine la non conoscenza del Consiglio direttivo).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 settembre 2019, n. 656 - Pres. Fugacci - Rel. Previati.

#### **ACCERTAMENTO - agevolazione prima casa - ritardo nel trasferimento della residenza.**

*La documentazione offerta da parte ricorrente quale elemento giustificativo ed il breve ritardo (soltanto 17 giorni) rispetto al termine di 18 mesi utile per il trasferimento di residenza nel comune di ubicazione del cespite agevolato, configurino causa di forza maggiore di utile applicazione nella specie.*

(Nel caso di specie, la fonte di riscontro delle patologie dedotte è infatti affidabile e terza - INPS, Commissione Medica Provinciale - e dà conto della risalenza dei vari sintomi al periodo utile per la formalizzazione del trasferimento di residenza. La menzione, in particolare, in tali referti, dei deficit mnesici pregressi ed il complesso delle patologie di contorno, invalidanti e comportanti riposo e difficoltà motorie - sia come documentate, sia per massima di comune esperienza - giustificano dunque la remissione in termini di parte ricorrente in quanto travolto da eventi irresistibili e di forza maggiore. L'atto impugnato si ritiene pertanto viziato per eccesso di potere nell'esercizio discrezionale dell'attività amministrativa quanto alla motivazione e viene annullato ai sensi dell'art. 21 octies comma 1 L.241/1990).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 13 settembre 2019, n. 658 - Pres. e Rel. Fugacci.

#### **ACCERTAMENTO - sede effettiva in Italia - società estera - elementi rilevanti.**

*Pur essendo la Società LTD formalmente con sede a Londra, per quanto provato dall'Amministrazione Finanziaria ed a parere del Collegio, la direzione effettiva della società è individuabile in Italia: infatti l'unica attività esercitata è quella di gestione dei cespiti oggetto di conferimento (immobili e quote societarie) posti sul territorio italiano; dal punto di vista formale la sede societaria risulta fissata in Londra ed il rappresentante legale svolge la propria attività in Malta ma in realtà la società è priva di dipendenti ed è stata oggetto di cancellazione a causa della perdurante inattività.*

(Nel caso di specie l'esame dei bilanci - anni 2014-2015 e 201 - porta a ritenere che la direzione effettiva della società è individuabile in Italia. Nell'anno 2014 l'unico asset di cui la società era titolare, era costituito dalla quota di partecipazione nella misura del 40 % nella Società srl in allora con sede in Alessandria; il bilancio al 31.12.2016 conferma che gli unici beni di cui risulta titolare la

società sono costituiti dalla partecipazione nella Società srl e dagli immobili conferiti in proprietà. Inoltre, appare emblematico che in occasione dell'assemblea del 29.02.2016 con la quale sono state deliberate varie modifiche allo statuto sociale della Società srl, l'unico socio della Società LTD fosse rappresentato dall'amministratore della stessa Società srl, proprietaria di diversi immobili in comune di Sale (AL) e di Tortona).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 26 settembre 2019, n. 718 - Pres. Fugacci - Rel. Previati.

#### **ACCERTAMENTO - acquiescenza - avviso di accertamento - termini di prescrizione.**

*A nulla vale la controdeduzione dell'Ufficio secondo cui l'acquiescenza sul prodromico avviso di accertamento (acquiescenza soltanto asserita in realtà ma non provata non essendo dimostrata la notifica dell'avviso di accertamento oltre che fermamente negata dalla parte ricorrente) avrebbe determinato la formazione di un titolo esecutivo che, in quanto tale, giustificerebbe l'applicazione dell'art. 2953 c.c. per la prescrizione ordinaria decennale conseguente alla formazione di un titolo esecutivo nelle materie in cui sia prevista una prescrizione breve. La norma dell'art. 2953 c.c., infatti, presuppone una «sentenza di condanna» e dunque una decisione giurisdizionale e non soltanto l'acquiescenza come presupposto per il mutamento del regime prescrizione, dai tempi della prescrizione speciale a quelli della prescrizione ordinaria. (Nel caso di specie, essendosi verificato un caso di omessa notifica del prodromico avviso di accertamento - è la tesi della parte ricorrente che nega di averlo ricevuto - ovvero una mera acquiescenza allo stesso senza radicazione di alcuna controversia - è il caso asserito ma non dimostrato dall'ufficio resistente - nella specie non vi è alternativa all'applicazione dell'art.13 dpr 641/1972, con conseguente triennialità del tempo di compimento della prescrizione).*

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 24 luglio 2019, n. 907 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

#### **ACCERTAMENTO CATASTALE - attività di c.d. affittacamere - classamento - segnalazione inizio attività.**

*Per le attività di c.d. affittacamere, qualora dovesse venire a mancare il fondamentale requisito del classamento nel gruppo catastale - A - dei locali adibiti all'esercizio, la Provincia si attiverebbe per revocare l'autorizzazione concessa per lo svolgimento dell'attività; correttamente, quindi, chi invia al Comune la richiesta di "Segnalazione certificata di inizio attività di affittacamere" dichiara che i locali oggetto dell'attività rientrano nella categoria catastale ad uso abitativo.*

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 26 luglio 2019, n. 919 - Pres. Celle - Rel. Alba.

#### **ACCERTAMENTO CATASTALE - immobile destinato a trasporto merci portuali - cat. E/1 - classificazione.**

*I beni demaniali sono per definizione destinati al perseguimento dell'utilità pubblica e, nel nostro caso, l'uso particolare attribuito mediante atto di concessione è stato rivolto esclusivamente allo svolgimento delle funzioni marittime e portuali e ciò al fine di salvaguardare l'interesse del porto e di tutti i servizi portuali.*

*Tale ricostruzione trova conferma nelle indicazioni fornite dal legislatore del 2007 secondo cui, devono essere censite in «E/1» quelle sole unità immobiliari che risultano strumentali all'attività di trasporto.*

*In questo senso va rilevato che il terminal merci dato in concessione alla (...) viene gestito al solo fine di attuare operazioni intimamente connesse al trasporto, operazioni portuali che consistono essenzialmente nel carico e scarico delle merci, ossia un servizio integrativo di quello del trasporto marittimo.*

*Ne consegue che il terminal deve venir accatastato come «stazione per servizi di trasporto» nella categoria «E/1» non potendo sostenersi che, per stazioni per servizi di trasporto il legislatore catastrale abbia inteso fare riferimento unicamente ai terminal per il trasporto passeggeri.*

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 17 settembre 2019, n. 1058 - Pres. e Rel. Fannuzzi.

#### **ACCERTAMENTO CATASTALE - sanzione - esimente della obiettiva incertezza - sua applicabilità anche d'ufficio.**

*L'art. 8 del richiamato decreto, è l'esatta trasposizione dell'art. 39 bis del DPR n. 636/72, alla luce del quale opera il principio secondo cui l'oggettiva incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni tributarie costituisce un limite giuridicamente rilevante all'irrogazione delle sanzioni. Tale principio costituisce l'evidente applicazione della regola generalissima in forza della quale non può esistere responsabilità senza colpa.*

*La Corte di Cassazione si è più volte espressa chiarendo che il potere delle Commissioni Tributarie di escludere, anche d'ufficio e senza necessità di sollecitazioni dell'interessato, l'applicabilità di sanzioni non penali per inosservanza spiegabili sulla scorta di obiettive incertezze normative, è conferito senza limitazioni riferibili al grado ed allo stato del procedimento dinanzi alle commissioni medesime, e, pertanto, è esercitabile pure in fase di rinvio, ove in esse venga acclarata detta inosservanza e sempre che non sussistano preclusioni derivanti da giudicato interno (cfr. Cassaz. N. 2820/1995).*

*Ebbene, nel caso di specie, i Primi Giudici hanno correttamente ritenuto che "la coesistenza di molteplici fonti normative, legislative, regolamentari e convenzionali e l'esistenza di differenti interpretazioni delle stesse ha ragionevolmente procurato nel caso di specie una situazione di errore in buona fede...tale da giustificare, ai sensi dell'art. 8 del D.lgs. n. 546/92, la non applicazione delle sanzioni". Pertanto, l'appello dell'Ufficio va respinto.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 19 settembre 2019, n. 677 - Pres. Greco - Rel. Mazzarino.

#### **ACCISE - aliquote - uso commerciale e non del gasolio - discrezionalità beneficiari.**

*La distinzione tra uso "commerciale" e "non commerciale" del gasolio prevista dall'art. 7 della Direttiva 2003/96/CE, cui corrispondono diverse aliquote in materia di accisa sul carburante, ammette una discrezionalità per gli stati membri nell'individuare la platea dei beneficiari.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 28 maggio 2019, n. 406 - Pres. e Rel. Di Napoli.

#### **CONTENZIOSO - ricorso - contenuto - rinvio "per relationem" ai motivi di altro ricorso - inammissibilità.**

*È inammissibile, per carenza di motivi, in violazione dell'art. 18, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 546/92, il c.d. "ricorso per relationem", ossia quel ricorso che, ai fini della difesa, opera un mero rinvio alle eccezioni presenti in altro ricorso presentato presso la medesima Commissione Tributaria, in quanto ogni ricorso deve essere neces-*

*sariamente connotato da una propria autonomia ed indipendenza da altri ricorsi eventualmente ad esso connessi o collegati.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 4, 3 maggio 2019, n. 519 - Pres. e Rel. Delucchi.

#### **CONTRIBUTO UNIFICATO - avviso di pagamento - impugnabilità ex art. 19 D.Lgs. n. 546/1992 - ammissibilità del ricorso.**

(Art. 19 D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546)

#### **CONTRIBUTO UNIFICATO - giudizio di cassazione - esenzione per reddito - mancata prova delle condizioni economiche - debenza del pagamento.**

(Art. 9, comma 1 - bis, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115)

#### **CONTRIBUTO UNIFICATO - giudizio di cassazione - rigetto integrale dell'impugnazione - obbligo del pagamento di ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis - sanzione - automatismo - irragionevolezza - violazione degli artt. 3, 24, 25 e 111 Cost. - questione di legittimità costituzionale - rilevanza - non manifesta infondatezza.**

(Art. 13, commi 1 - bis e 1 - quater, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115; artt. 3, 24, 25 e 111 Cost.; art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87)

#### **CONTRIBUTO UNIFICATO - giudizio di cassazione - rigetto integrale dell'impugnazione - obbligo del pagamento di ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis - prestazione tributaria imposta - automatismo - violazione del principio di capacità contributiva - irragionevolezza - violazione degli artt. 3, 24, 53 e 111 Cost. - questione di legittimità costituzionale - rilevanza - non manifesta infondatezza.**

(Art. 13, commi 1 - bis e 1 - quater, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115; artt. 3, 24, 53 e 111 Cost.; art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87)

*Ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 sono qualificabili come avvisi di accertamento o di liquidazione e, quindi, impugnabili tutti quegli atti con cui l'Amministrazione comunica al contribuente una pretesa tributaria ormai definita, ancorchè tale comunicazione non si concluda con una formale intimazione di pagamento, sorretta dalla prospettazione in termini brevi dell'attività esecutiva.*

(In senso conforme, Cass. 11 febbraio 2015 n. 2616)

*Al fine di fruire dell'esenzione dal pagamento del contributo unificato non è sufficiente che il ricorrente alleggi le proprie condizioni economiche, dovendo altresì fornirne prova.*

*È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1 - quater del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, laddove prevede l'irrogazione automatica della sanzione del versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis., in caso di impugnazione, anche incidentale, respinta integralmente o dichiarata inammissibile o improcedibile, senza distinguere tra le varie ipotesi di soccombenza, accomunando difese pretestuose e difese più che legittime e prevedendo così una sanzione, che pu-*

nisce indiscriminatamente chiunque si sia comunque difeso ed abbia perso a prescindere. Trattasi di discriminazione irragionevole di per sé e in quanto fondata sulle disponibilità economiche degli utenti della giustizia, a discapito dei meno abbienti, che, sotto pena del raddoppio dell'importo del contributo unificato, sono disincentivati ad agire; e ciò in contrasto con il diritto di difesa e di azione in giudizio, che tutelano anche il caso in cui la pretesa fatta valere si riveli all'esito infondata. Ciò tanto più ove il raddoppio sia disposto all'esito del giudizio di cassazione, che è rimedio sempre ammesso, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost. ed è irragionevolmente compreso dalla sanzione de qua.

(Sulla natura "latamente sanzionatoria" del raddoppio del contributo, Cass. 17 maggio 2018 n. 12103; Cass. ord. n. 23980 e 15111/2018; Corte Cost. n. 18/2018; sulla non manifesta infondatezza della questione, Cons. Stato, 12 ottobre 2018 n. 5883; Cass. 18 novembre 2014, n. 24546; Cass. SS.UU., 20 aprile 2018, n. 9912; Cass. SS.UU., 11 dicembre 2007, n. 25831; Cass. 18 gennaio 2010, n. 654; Cass. 19 aprile 2016, n. 7726; Cass. 30 novembre 2012, n. 21570)

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1 - quater del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, con riferimento al principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost. e al principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost., laddove prevede l'automatica corresponsione, a titolo di prestazione tributaria imposta, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis., in caso di impugnazione, anche incidentale, respinta integralmente o dichiarata inammissibile o improcedibile, trattandosi di somma avulsa dal collegamento prestazione imposta/consistenza economica del fruitore, necessaria anche per le tasse in materia di servizi pubblici essenziali, qual è quello della giustizia. Tale prestazione integra altresì una ingiusta discriminazione tra utenti vittoriosi e soccombenti, che pure hanno impegnato ugualmente l'organizzazione giudiziaria. In relazione all'applicazione della tassa ai soli giudizi di impugnazione, la previsione è in contrasto con il diritto di difesa e di azione in giudizio, garantiti in tutte le articolazioni processuali di una vicenda. Ciò tanto più ove il raddoppio sia disposto all'esito del giudizio di cassazione, che è rimedio sempre ammesso, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost. ed è irragionevolmente compreso dalla sanzione de qua.

(Sulla natura tributaria del raddoppio del contributo, Cass. ord. n. 15166/2018; Cass. Corte Cost. n. 120/2016; sulla non manifesta infondatezza della questione, a contrario, Corte Cost. 18 marzo 1964, n. 30)

C.F.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 3 marzo 2019, n. 186 - Pres. Mignone - Rel. Penna.

#### **DOGANA - termine notifica - avviso contestazione sanzioni.**

In tema di controversie doganali, l'avviso di contestazione delle sanzioni verso un illecito amministrativo che faccia seguito ad un avviso di rettifica emesso in esito a revisione dell'accertamento, dev'essere notificato entro il termine triennale di decadenza stabilito per procedere alla revisione; tale principio deve valere anche per l'atto di contestazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 marzo 2019, n. 180 - Pres. Delucchi - Rel. Morbello.

#### **DOGANA - undertaking invoice - modifica ed integra-**

#### **zione successiva - contraddittorio parti.**

La tesi dell'Amministrazione doganale secondo cui le fatture contenenti l'undertaking invoice non potrebbero essere successivamente integrate nei loro elementi eventualmente incerti o mancanti non può essere condivisa in quanto nessuna disposizione sia a livello comunitario che nazionale risulta escludere tale possibilità così come non è precluso dalla giurisprudenza unionale; né infine tale esclusione sembra ricavarsi dalle garanzie che devono assistere il corretto rispetto del sistema impositivo. Pur condividendo le preoccupazioni dell'Ufficio a che la fruizione dei benefici daziari venga consentita solo a coloro che effettivamente ne abbiano diritto, non si vede perché una verifica ex post della sussistenza dei requisiti, assistita dalle garanzie di un processo svoltosi in contraddittorio delle parti, potrebbe limitare o comprimere tale esigenza.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 2 maggio 2019, n. 303 - Pres. Graziano - Rel. Podestà.

#### **DOGANA - presentazione dichiarazione - I.T.V. - validità.**

Il richiamo alle I.T.V. favorevoli non ha rilevanza perché, ex art. 33 Reg. UE n. 952/2013 (C.D.U.), esse vincolano l'Amministrazione finanziaria solo per le importazioni di merci identiche effettuate successivamente al rilascio delle E.T.V. stesse; tali condizioni non sussistono se le informazioni tariffarie sono state rilasciate dopo la presentazione delle dichiarazioni di importazione contestate e se c'è incertezza circa la piena identità fra le merci in esame e quelle oggetto delle informazioni.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 11 luglio 2019, n. 552 - Pres. Greco - Rel. Grasso.

#### **DOGANA - dichiarazione - revisione a posteriori - prescrizione - principio di affidamento - elementi rilevanti.**

Risulta illegittima la condotta, attuata dall'Ufficio, di revisione a posteriori delle dichiarazioni di cui era stata già certificata la correttezza: volendosi infatti seguire l'orientamento della giurisprudenza comunitaria e nazionale secondo cui una tale attività sarebbe consentita nel termine prescrizione di 3 anni, deve evidenziarsi che detta giurisprudenza, nel porre in principio in questione, stabilisce la necessità del rispetto dei principi di certezza e del legittimo affidamento, rimarcando come possibile la revisione solo in presenza di nuovi elementi sopravvenuti, non conosciuti dall'Ufficio al momento delle prime verifiche. Nel caso di specie nessun elemento nuovo, ancorché un inammissibile ripensamento tardivo su base esclusivamente lessicale e privo di riscontro fattuale, consente di affermare essersi verificata l'importazione di prodotti diversi rispetto a quanto dichiarato.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 11 luglio 2019, n. 557 - Pres. Di Napoli - Rel. Galletto.

#### **DOGANA - sanzioni - art. 303 TULD - proporzionalità.**

Nel caso in cui, in ragione dell'art. 303 del TULD, vengano applicate sanzioni in misura troppo superiore ai diritti contestati, il giudice nazionale può disapplicare la norma interna in favore del principio unionale di "proporzionalità", rideterminando il *petitum*.

(Nel caso di specie le sanzioni erano superiori in misura pari a quattro volte i diritti contestati dall'Agenzia delle dogane).

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 12 luglio 2019, n. 849 - Pres. Canepa - Rel. Zanoni.

**DOGANA - analisi laboratorio - identità campioni - presunzione di veridicità - contraddittorio.**

Quanto al valore delle perizie, si osserva che i Laboratori Chimici dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, istituiti nel 1886, costituiscono un organo consultivo dell'Amministrazione Finanziaria e sono deputati a compiti di ricerca e di analisi merceologica i cui esiti, peraltro, non si possono ritenere ex se assistiti da presunzione di veridicità; per cui, nel caso di contestazioni, devono essere assoggettati al contraddittorio richiesto. Ai fini dell'accertamento, la verifica delle caratteristiche del materiale importato deve essere effettuata sugli stessi campioni prelevati dall'Ufficio; ciò non solo per garantire l'effettiva attuazione del contraddittorio e il pieno esercizio del diritto di difesa, ma soprattutto al fine di dirimere in termini di certezza ogni dubbio sulla qualità e sulla corretta classificazione della merce. In difetto, non possono ritenersi provate le affermazioni dell'Ufficio.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 24 luglio 2019, n. 911 - Pres. Caputo - Rel. Semino.

**ICI - art. 7 d.lvo 1992, n. 504 - esenzione - congregazione religiosa - attività di assistenza svolta con "retta" ridotta e perdita sistematica - immobile cat. d/4 - esenzione - spetta.**

Questa Commissione Tributaria Regionale, pur conoscendo i contrasti giurisprudenziali in materia, ritiene che in questo caso specifico la Parte abbia dimostrato che l'attività svolta non ha scopo commerciale, lavorando in forte perdita (€ 47.268,69) nonostante l'attività di volontariato delle religiose, coperta unicamente dalla Congregazione e da aiuti finanziari, senza alcun contributo pubblico, come espressamente riconosciuto dall'Ufficio.

Dunque, l'attività per cui è destinato l'immobile rientra in una di quelle attività esonerate dall'ICI a norma dell'art. 7, comma 1, lettera i, del D.Lgs. 504/92.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 2 agosto 2019, n. 962 - Pres. e Rel. Fanucci.

**ICI - Art. 7 D.lvo 504/92 - Immobili destinati ad abitazioni di sacerdoti o ad attività pastorale - Esenzione - Spetta.**

Tuttavia la pretesa tributaria avanzata dal Comune non è fondata, in quanto gli immobili onerati sono adibiti tutti allo svolgimento di attività, sì eterogenee, ma tutte pertinenti e funzionali all'attività di culto, come documentato dalla contribuente, quali attività seminariali, culturali e di catechesi.

Pertanto, deve ritenersi applicabile l'esenzione dall'ICI ex art. 7 D.lgs. 504/92 per gli immobili dedicati ad attività religiose o di culto.

Quali siano le attività di "religione e culto" è precisato dall'articolo 16, lettera a), legge n. 222/1985 Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici: "Agli effetti delle leggi civili si considerano comunque: a) attività di religione o di culto quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana". In virtù di tale puntale specificazione, si considerano esenti, ai sensi della lettera a) del medesimo articolo, gli oratori, i centri parrocchiali, i seminari, le case religiose, i monasteri e i conventi, gli episcopi e gli uffici delle Curie diocesane. Una particolare importanza riveste l'ipotesi relativa agli "edifici di culto e loro pertinenze" in quanto garantisce l'esenzione per tutti gli immobili

adibiti a luogo di culto (le chiese) e, soprattutto, per le loro pertinenze, che - intese in senso civilistico (art. 817 cod. civ.) - includono l'oratorio e le altre strutture nelle quali vengono svolte le attività di catechesi, gli incontri e le iniziative parrocchiali che non si configurano come attività commerciali, ma anche le abitazioni per il clero addetto alla parrocchia, quelle dei sacrestani assunti e le abitazioni delle religiose che per Convenzione operano anche all'interno della pastorale parrocchiale.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 13 agosto 2019, n. 990 - Pres. e Rel. Fanucci.

**ICI - art. 7 d.lvo 504/92 - 13 immobili fra cui abitazione del parroco emerito - esenzione - spetta.**

L'art. 7 D.lvo 504/92 garantisce l'esenzione per tutti gli immobili adibiti a luogo di culto (le chiese) e, soprattutto, per le loro pertinenze, che - intese in senso civilistico (art. 817 cod. civ.) - includono l'oratorio e le altre strutture nelle quali vengono svolte le attività di catechesi, gli incontri e le iniziative parrocchiali che non si configurano come attività commerciali, ma anche le abitazioni per il clero addetto alla parrocchia, quelli dei sacrestani assunti e le abitazioni delle religiose che per Convenzione operano anche all'interno della pastorale parrocchiale.

Orbene, la suddetta esenzione è prevista *juris et de jure*, a fronte della previsione contenuta nell'art. 2 comma 1 L. n. 222/1985, ove si legge che "sono considerati aventi fine di religione o di culti gli enti che fanno parte della costituzione gerarchica della Chiesa, gli istituti religiosi e i seminari".

Rispetto agli immobili adibiti ad abitazione del parroco e del parroco emerito, questo Collegio ritiene di aderire all'ermeneutica normativa operata dalla Suprema Corte di Cassazione nella pronuncia della sez. trib., 17/10/2005, n. 20033, ove è statuito che "In tema di imposta comunale sugli immobili (i.c.i.), ai fini dell'applicazione dell'esenzione prevista dall'art. 7, comma 1, lett. d), d.lg. 30 dicembre 1992 n. 504 a favore dei fabbricati destinati esclusivamente all'esercizio del culto e delle loro pertinenze, si deve presumere - in base all'"*id quot plerumque accidit*" - salva prova contraria, che deve essere fornita dal comune che pretenda di assoggettare l'immobile ad abitazione del parroco addetto alla chiesa, e costituisca, dunque, pertinenza di questa, senza che assumano rilievo, in senso contrario, né la circostanza che il parroco abbia la residenza anagrafica in altro comune o comunque non risieda, temporaneamente, in quella casa, essendo il vincolo pertinenziale collegato ai beni e non alle persone che si trovano ad operare nei fabbricati in questione (chiesa e casa canonica); né la categoria nella quale la casa canonica risulta iscritta in catasto (nella specie, categoria A/4, corrispondente alle abitazioni di tipo popolare), giacché la situazione di fatto prevale rispetto all'accatastamento del bene".

Sul punto, il Comune avrebbe dovuto, pertanto, confutare le asserzioni della Parrocchia in merito all'utilizzo, ai fini religiosi e di culto, fatto degli immobili oggetto di accertamento, fornendo prova contraria escludente l'applicabilità dell'esenzione ICI agli stessi.

Infine, molti di essi sono pertinenze della Chiesa stessa ex art. 817 c.c., in quanto sottostanti ad essa e destinate in modo durevole a servizio della stessa, come dedotto nell'atto di appello e non contestato dal Comune nelle controdeduzioni.

Ciò posto, a fronte del fatto che il Comune non ha fornito prova contraria rispetto alla presunzione di legittimità dell'esenzione ex art. 7 D.lgs. n. 504/1992, la pretesa tributaria avanzata non è fondata, in quanto gli immobili onerati sono adibiti tutti allo svolgimento di attività, sì eterogenee, ma tutte pertinenti e funzionali all'attività di culto, come dedotto anche dalla ricorrente.

## Sezione di diritto penale

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

### I

Corte d'Appello di Genova, sez. II pen., 28 marzo 2018, n. 1149 - Pres. Carta - Rel. Bolelli.

#### **MALTRATTAMENTI contro familiari e conviventi - sequestro di persona - concorso di reati - esclusione.**

*Il reato di sequestro di persona non può essere assorbito da quello di cui all'art. 572 c.p., in quanto, nel caso in esame, sulla base della descrizione dei fatti fornita dalla persona offesa, la privazione della libertà di movimento non costituisce una modalità della condotta maltrattante, ma è autonoma rispetto ad essa. (1)*

### II

Corte di Cassazione, sez. V pen., 11 marzo 2019, n. 14995 - Pres. Miccoli - Rel. Riccardi.

#### **MALTRATTAMENTI contro familiari e conviventi - sequestro di persona - rapporto di specialità - assorbimento sussiste - concorso di reati - esclusione.**

*Non è configurabile il rapporto di specialità tra il delitto di maltrattamenti in famiglia e quello di sequestro di persona, giacché sono figure di reato dirette a tutelare beni giuridici diversi e poi, l'uno, è integrato dalla condotta di programmatici e continui maltrattamenti psico-fisici ai danni di familiari e, l'altro, da quella di privare taluno della libertà personale. Sicché il reato di sequestro di persona è assorbito in quello di maltrattamenti in famiglia previsto dall'art. 572 c.p. solamente quando le condotte di arbitraria compressione della libertà di movimento della vittima non sono ulteriori ed autonome rispetto a quelle specificamente maltrattanti. (2)*

### I

(...Omissis...)

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

All'esito del giudizio abbreviato, il G.I.P. presso il Tribunale di Genova, con sentenza del 21/11/2017, dichiarava l'imputato responsabile dei reati a lui ascritti e, ritenuta la continuazione e operata la riduzione per il rito, lo condannava alla pena di anni 3 e mesi 6 di reclusione e al risarcimento del danno in favore della parte civile, liquidando una provvisoria pari ad € 15.000,00, ordinandone l'espulsione a pena espiata.

Il giudice riteneva provata la penale responsabilità dell'imputato sulla base delle dichiarazioni, rese dalla parte offesa, ritenute intrinsecamente attendibili, in quanto coerenti, logiche e reiterate in varie occasioni, in termini identici. Tali dichiarazioni, secondo il giudice di primo grado, erano supportate da una pluralità di riscontri, rappresentati da due certificati medici in atti, dalle annotazioni di P.G. relative agli interventi degli operanti nel maggio 2017 e dalle dichiarazioni rese nel corso delle indagini da V.S., che aveva ricevuto le confidenze della persona offesa.

Si accertava, in particolare, che l'imputato e la persona offesa, conosciutisi ad aprile-maggio 2017, avevano vissuto prima in una tenda sulla spiaggia e poi in un appartamento del Comune nella zona della Foce, occupato abusivamente. La persona offesa era rimasta quasi subito incinta.

Negli ultimi due mesi l'imputato era spesso ubriaco e, in tali occasioni, percuoteva la convivente e la ingiuriava. La persona offesa, nel mese di maggio, aveva chiesto per due volte l'intervento della P.G., in quanto era stata percossa dal convivente e, nel mese di giugno, si era recata al Pronto Soccorso, ma senza dire di essere stata percossa dal compagno per paura di ritorsioni da parte sua. La notte tra il 3 e il 4 agosto 2017 l'imputato era ubriaco e i due avevano cominciato a litigare. L'imputato aveva ingiuriato la persona offesa, l'aveva afferrata per il collo, stringendola, fino ad offuscarle la vista e, infine, l'aveva colpita con calci e pugni, anche alla pancia, facendola cadere a terra. Quindi, aveva chiuso la porta d'ingresso con le chiavi, che nascondeva e le grate antintrusione della finestra del bagno, privando la persona offesa del telefono e dicendole che non l'avrebbe più fatta uscire. Dopo circa 5 ore, la persona offesa, non sentendo più rumori e sperando che l'imputato si fosse addormentato, decideva di scappare dalla finestra del bagno, forzando l'inferriata, che era incastrata con la persiana e, nell'uscire, strappava la maglia che indossava. In strada, chiedeva aiuto ad una pattuglia di poliziotti, ai quali raccontava l'accaduto. Gli operanti, dopo essersi recati nell'abitazione, dove rinvenivano l'imputato, che dormiva, lo arrestavano e accompagnavano la persona offesa al Pronto Soccorso, dove le venivano riscontrate lesioni, giudicate guaribili in 15 giorni.

L'imputato all'udienza di convalida dell'arresto, ammetteva di aver avuto un litigio con la persona offesa, perché quest'ultima non era riuscita a trovare della sostanza stupefacente e voleva che lui uscisse a comprarla. Affermava che la persona offesa era caduta a seguito della sua spinta, perché lei gli aveva messo le mani addosso. Negava di averle impedito di uscire e di averla picchiata.

Avverso la predetta sentenza ha proposto appello il difensore dell'imputato, chiedendo, la sua assoluzione dal reato di maltrattamenti, non essendo state provate le condotte vessatorie e reiterate e dal reato di sequestro di persona, non essendo stata provata la lesione della libertà di movimento o, in subordine, in quanto assorbito nel reato di maltrattamenti. In ulteriore subordine, l'appellante chiedeva la derubricazione del reato di sequestro di persona in violenza privata. Infine, si chiedeva la riduzione della pena con la concessione delle attenuanti generiche per il buon comportamento processuale. L'appello non è fondato.

La principale prova della sussistenza degli elementi integranti i reati in questione è fornita dalle dichiarazioni rese dalla persona offesa nell'immediatezza del fatto, in sede di denuncia e nel corso delle indagini alla P.G.

Con riferimento al reato di cui all'art. 572 c.p., la persona offesa ha riferito dei frequenti atti lesivi dell'integrità fisica e morale, cui era sottoposta dall'imputato, ubriaco, soprattutto negli ultimi due mesi, mentre era in stato di gravidanza, che determinavano una situazione di sopraffazione, a cui la stessa era assoggettata e che l'aveva costretta già nei mesi precedenti a richiedere l'intervento delle Forze dell'Ordine e a recarsi al Pronto Soccorso.

Anche il reato di cui all'art. 605 c.p. risulta provato dalle dichiarazioni della persona offesa, che ha riferito che la notte del 31 agosto 2017, l'imputato dopo averla percossa, ha chiuso a chiave la porta d'ingresso, nascondendo le chiavi e le grate di ferro antintrusione della finestra del bagno, impedendole così di uscire dall'appartamento per alcune ore e prospettandole una brutta fine.

Tali dichiarazioni, come correttamente ritenuto dal giudice di primo grado, sono attendibili sia intrinsecamente, in quanto costanti, coerenti e logiche che estrinsecamente, in quanto riscontrate dai referti medici, dalle annotazioni di P.G. e dalle s.i.t. di V. S.

Le obiezioni sollevate dall'appellante in merito all'attendibilità della persona offesa non paiono condivisibili, in quanto i certificati medici forniscono riscontri alle sue dichiarazioni. In particolare, quanto al referto del 4 agosto 2017, le lesioni ivi indicate appaiono compatibili con la descrizione del fatto da parte della persona offesa, che ha dichiarato di essere stata presa a pugni e a calci e di aver perso sangue dal naso. L'assenza di indicazione nel referto di segni al collo non appare sufficiente a smentire quanto dichiarato sul punto dalla persona offesa, essendo trascorse diverse ore dal fatto. Gli altri due referti medici, meno particolareggiati nella descrizione delle lesioni, offrono comunque riscontro alle percosse subite nel mese di giugno, cui fa riferimento la persona offesa, che ha fornito precisazioni credibili in merito alla ragione per cui non aveva riferito al personale sanitario di essere stata percossa dall'imputato, temendo ritorsioni. Anche tale circostanza è sintomo della situazione di sopraffazione, a cui è stata assoggettata la persona offesa.

Inoltre, con riferimento al reato di cui all'art. 605 c.p., la confusione nel racconto della persona offesa, genericamente affermata dall'appellante, non è riscontrabile. La descrizione della dinamica dei fatti, avvenuti nella notte del 3 agosto all'interno dell'abitazione, occupata dai conviventi, dopo le percosse, integra senza dubbio una lesione della libertà di movimento della persona offesa, alla quale, con la chiusura a chiave della porta d'ingresso, veniva impedito di uscire e che è riuscita a fuggire solo diverse ore dopo, approfittando del fatto che l'imputato si era addormentato e scavalcando la finestra del bagno, dopo aver preso a calci la persiana di legno, in cui era incastrata l'inferriata. Le dichiarazioni, rese sul punto nel corso dell'interrogatorio di garanzia dall'imputato, che ha riferito della possibilità che per la persona offesa di aprire la porta d'ingresso, dotata solo di due ganci di chiusura azionabili dall'interno, sono prive di riscontri oggettivi e in contrasto con le dichiarazioni della persona offesa, ritenute attendibili.

Neppure il reato di sequestro di persona può essere assorbito da quello di cui all'art. 572 c.p., in quanto, nel caso in esame, sulla base della descrizione dei fatti fornita dalla persona offesa, la privazione della libertà di movimento non costituisce una modalità della condotta maltrattante, ma è autonoma rispetto ad essa.

Inoltre, non può essere accolta la richiesta dell'appellante di derubricare il reato di cui all'art. 605 c.p. in quello di violenza privata. La versione definitiva, riportata nell'atto di appello, secondo cui, la decisione della persona offesa di uscire dalla finestra e non dalla porta d'ingresso sarebbe stata determinata unicamente dal timore di svegliare l'imputato e provocare la sua reazione, come sostenuto dall'appellante, contrasta con le emergenze processuali e, in particolare, con le dichiarazioni della vittima. Quest'ultima, infatti, ha dichiarato di essere stata costretta a passare dalla finestra del bagno, perché la porta d'ingresso era stata chiusa a chiave dall'imputato che poi aveva nascosto le chiavi. Tale situazione influisce senza dubbio sulla libertà di movimento, limitandola.

In merito al trattamento sanzionatorio, la pena inflitta con la sentenza impugnata appare congrua e non ridicibile, attesa la gravità dei fatti, commessi nei confronti della convivente in stato di gravidanza e la personalità dell'imputato, gravato da numerosi precedenti penali, anche specifici. Non sussistono elementi che possono essere valutati in senso favorevole alla concessione delle attenuanti generiche, non avendo l'imputato reso dichiarazioni ammissive né avendo dimostrato alcuna repipiscenza, ma avendo anzi cercato di colpevolizzare la vittima. (... *Omissis*...)

## II

(... *Omissis*...)

**Considerato in diritto.**

Il ricorso è inammissibile.

Invero, quanto alla configurabilità di un concorso di reati, va ribadito il principio secondo cui non è configurabile il rapporto di specialità tra il delitto di maltrattamenti in famiglia e quello di sequestro di persona, giacché sono figure di reato dirette a tutelare beni giuridici diversi e poi, l'uno, è integrato dalla condotta di programmatici e continui maltrattamenti psico-fisici ai danni di famigliari e, l'altro, da quella di privare taluno della libertà personale (Sez. 1, n. 18447 del 02/05/2006, Capuano, Rv. 234673); sicché il reato di sequestro di persona è assorbito in quello di maltrattamenti in famiglia previsto dall'art. 572 cod. pen. soltanto quando le condotte di arbitraria compressione della libertà di movimento della vittima non sono ulteriori ed autonome rispetto a quelle specificamente maltrattanti (Sez. 5, n. 15299 del 19/12/2016, dep. 2017, P, Rv. 270395).

Nel caso in esame, la sentenza impugnata appare immune da censure, in quanto l'affermazione di responsabilità per il reato di cui all'art. 572 cod. pen. concerne le plurime condotte vessatorie perpetrate, nel periodo tra maggio ed agosto 2017, dall'odierno ricorrente nei confronti della convivente, vittima di diversi episodi di percosse e lesioni personali, mentre l'affermazione di responsabilità per il reato di cui all'art. 605 cod. pen. concerne la privazione della libertà personale commessa la notte tra il 3 ed il 4 agosto 2017, allorché, dopo averla percossa violentemente, il B. segregava la C. nella stanza dove abitavano, chiudendo la porta di ingresso con le chiavi e la grata della finestra del bagno, privandola del telefono e dicendole che non l'avrebbe più fatta uscire; a fronte di tale inequivocabile condotta, la persona offesa riusciva a scappare soltanto dopo cinque ore, forzando l'inferriata che assicurava la finestra del bagno.

Giova, al riguardo, evidenziare, altresì, l'inammissibilità delle doglianze proposte dal ricorrente, alla cui stregua la persona offesa avrebbe scelto di non uscire dalla porta di ingresso per non svegliare il convivente, in quanto, pur prescindendo dalla inverosimiglianza della deduzione, smentita dalla ricostruzione storica fornita dai giudici di merito, propone motivi eminentemente di fatto, che sollecitano, in realtà, una rivalutazione di merito preclusa in sede di legittimità, sulla base di una "rilettura" degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, la cui valutazione è, in via esclusiva, riservata al giudice di merito, senza che possa integrare il vizio di legittimità la mera prospettazione di una diversa, e per il ricorrente più adeguata, valutazione delle risultanze processuali (Sez. U, n. 6402 del 30/04/1997, Dessimone, Rv. 207944).

(... *Omissis*...)

### (1-2) Il rapporto tra il reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi ed il reato di sequestro di persona.

**Sommario:** 1. *Il caso oggetto della pronuncia.* - 2. *Il reato di maltrattamenti contro familiari e il reato di sequestro di persona: brevi cenni.* - 2.1. *(segue): La giurisprudenza di legittimità.* - 3. *Conclusioni.*

#### **Abstract:**

*La Corte di Cassazione ha confermato la sentenza della Corte d'Appello di Genova con la quale i giudici di merito hanno negato il rapporto di specialità tra il reato di maltrattamenti ex art. 572 c.p. ed il reato di sequestro di persona ex art. 605 c.p. in quanto sono figure di reato dirette a tutelare beni diversi; l'uno, è integrato dalla condotta di programmatici e continui maltrattamenti psico-fisici ai danni di famigliari e, l'altro, da quella di privare taluno*

della libertà personale. Sicché il reato di sequestro di persona è assorbito in quello di maltrattamenti in famiglia previsto dall'art. 572 c.p., soltanto quando le condotte di arbitraria compressione della libertà di movimento della vittima non sono ulteriori ed autonome rispetto a quelle specificatamente maltrattanti.

### 1. Il caso oggetto della pronuncia.

All'esito del giudizio abbreviato, il G.I.P. presso il Tribunale di Genova dichiarava l'imputato B. N. colpevole dei reati a lui ascritti e lo condannava alla pena di 3 anni e 6 mesi di reclusione, nonché al risarcimento dei danni in favore della compagna, costituitasi Parte Civile, ordinandone altresì l'espulsione a pena espiata.

Il Giudicante aveva ritenuto provata la penale responsabilità dell'imputato non solo sulla base delle dichiarazioni rese dalla persona offesa (e ritenute attendibili intrinsecamente, poiché coerenti e logiche), bensì anche grazie ai numerosi riscontri che le supportavano, in particolare da due certificati medici che attestavano le lesioni, dalle annotazioni della Polizia Giudiziaria relative agli interventi degli operanti, nonché dalle dichiarazioni di una teste che, nel corso delle indagini, aveva ricevuto le confidenze della persona offesa.

Il Giudice d'Appello, (1) ritenendo credibili le dichiarazioni rese dalla parte offesa in relazione alle due diverse fattispecie di reato, aveva confermato la decisione assunta in prime cure, tra l'altro negando il rapporto di specialità tra il reato di cui all'art. 572 c.p. e quello di cui all'art. 605 c.p.

In particolare, ha affermato: *“Neppure il reato di sequestro di persona può essere assorbito da quello di cui all'art. 572 c.p., in quanto, nel caso in esame, sulla base della descrizione dei fatti forniti dalla persona offesa, la privazione della libertà di movimento non costituisce una modalità della condotta maltrattante, ma è autonoma rispetto ad essa”*.

La Corte di Cassazione ha ritenuto immune da censure la pronuncia della Corte d'Appello di Genova, riprendendo un precedente orientamento (2) che tiene conto non solo della diversità dei beni giuridici tutelati dalle norme, bensì anche delle diverse condotte che integrano i reati *de quibus*.

I Giudici di legittimità hanno riproposto una precedente massima (3), secondo la quale *“Non è configurabile il rapporto di specialità tra il delitto di maltrattamenti in famiglia e quello di sequestro di persona, giacché sono figure di reato dirette a tutelare beni diversi e poi, l'uno, è integrato dalla condotta di programmatici e continui maltrattamenti psico-fisici ai danni di familiari e, l'altro, da quella di privare taluno della libertà personale; sicché il reato di sequestro di persona è assorbito in quello di maltrattamenti in famiglia previsto dall'art. 572 c.p., soltanto quando le condotte di arbitraria compressione della libertà di movimento della vittima non sono ulteriori ed autonome rispetto a quelle specificatamente maltrattanti.”*

### 2. Il reato di maltrattamenti contro familiari e il reato di sequestro di persona: brevi cenni.

Orbene, per comprendere a fondo le *rationes* che sottostanno a siffatto orientamento, è necessario analizzare singolarmente le due norme oggetto della pronuncia.

*Ictu oculi* i reati divergono in ordine alla loro struttura: il reato di maltrattamenti contro familiari è un reato abituale; il reato di sequestro di persona, invece, è costituito da un'unica condotta che si protrae nel tempo determinando una continua lesione del bene giuridico tutelato dalla norma, pertanto trattasi di un reato permanente.

L'art. 572 c.p. (4), rubricato *“Maltrattamenti contro familiari o conviventi”* (5), come detto, è caratterizzato dalla reiterazione nel tempo di (almeno due) condotte *“maltrattanti”* che acquistano rilevanza penale proprio per effetto del loro ripetersi nel tempo, in un'ottica di continuità e omogeneità, in

quanto, singolarmente considerate, esse possono anche essere penalmente irrilevanti (reato abituale *proprio*) (6).

Nel reato *de quo*, sebbene collocato impropriamente all'interno del Titolo del codice penale dedicato ai *“Delitti contro la famiglia”*, e nel capo dei *“Delitti contro l'assistenza familiare”* (7), la condotta tipica dei maltrattamenti investe non soltanto i rapporti parentali e la famiglia come struttura basata sugli stessi, bensì la *“famigliarità”*, che si sostanzia in rapporti psicologici di varia natura, intercorrenti anche fra persone tra le quali non vi sia un rapporto di coniugio, di parentela o di affinità (8). Detta fattispecie, in altri termini, si configura anche allorché le condotte maltrattanti coinvolgono soggetti - l'agente e la vittima - fra i quali esiste un rapporto qualificato, tipicamente nell'ambito di relazioni caratterizzate da una subalternità della persona offesa rispetto al reo (sottoposto o affidato all'altrui autorità per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte).

Il bene giuridico oggetto del reato di maltrattamenti, nonostante la topografia della fattispecie, la quale lascia intendere che si tratti di una norma posta a tutela dell'assistenza familiare, è l'integrità psicofisica dell'individuo (9), più in generale l'integrità della dignità di persona umana (10), che ne renderebbe più adeguata la collocazione tra i reati posti a tutela della personalità individuale, specie se considerata l'ultima normativa in materia (L. n. 69/2019), che ne ha inasprito le pene in un'ottica di maggior tutela dei soggetti coinvolti (11). La stessa giurisprudenza, del resto, ravvisa il bene giuridico tutelato dall'art. 572 c.p. nella *“identità fisica o psichica del soggetto passivo”* (12).

Per quanto riguarda più squisitamente le modalità della condotta, si osserva che l'espressione *“maltratta”* utilizzata dalla norma si presta a comprendere comportamenti variegati, la cui definizione è demandata all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, con evidenti conseguenze circa i profili di precisione e determinatezza della norma (13).

Invero, il reato di maltrattamenti si presta - proprio come nel caso oggetto della pronuncia della Suprema Corte - alla possibilità di ritenere assorbiti nel suo ambito applicativo determinati comportamenti, già *ex se* considerati penalmente rilevanti.

Con riguardo, infine, all'elemento soggettivo del reato, la norma non richiede un dolo specifico, essendo sufficiente che l'agente agisca reiterando comportamenti connotati da vessatorietà (14).

L'art. 605 c.p., invece, dedicato al *“Sequestro di persona”*, individua un reato permanente che si perfeziona nel momento in cui la vittima venga privata della libertà personale per un apprezzabile lasso di tempo, e che si esaurisce nel momento in cui cessa l'offesa al bene giuridico tutelato, o per volontà del reo o per il sopravvenire di cause esterne che ne impediscono l'ulteriore protrarsi.

La norma, collocata all'interno dei delitti contro la libertà personale, è posta a tutela della libertà di agire, intesa soprattutto come libertà di locomozione - *rectius*, come la capacità degli individui di collocarsi autonomamente nello spazio. Detta specificazione consente, invero, di ritenere invocabile la tutela *ex art. 605 c.p.* anche da parte di soggetti che, per diverse ragioni, non possiedono la libertà di locomozione, come, ad esempio, i neonati, i bambini, gli incapaci o i detenuti (15). La giurisprudenza di legittimità, storicamente, aderisce a siffatto orientamento, ritenendo che il bene giuridico della libertà personale, costituzionalmente garantito, venga leso da *“qualsiasi apprezzabile limitazione della libertà, intesa quale possibilità di movimento privo di costrizioni”* (16).

Con riguardo alle modalità della condotta, il sequestro di persona è un reato causalmente orientato, sicché per la sua integrazione non sono richiesti schemi particolari.

Comunemente si ritiene che la condotta possa consistere, oltre che in un'azione - come tipicamente si manifesta -, anche in una omissione, come nel caso in cui il colpevole, essendo titolare di un obbligo giuridico di provvedere ex art. 40, c. 2 c.p. alla liberazione della vittima, non si attivi in tal senso. Con evidenza, presupposto della fattispecie è che il fatto sia commesso nei confronti di una persona dissenziente, fermo restando che il dissenso può anche manifestarsi in un momento successivo all'inizio della condotta.

Nel silenzio della norma, dottrina e giurisprudenza ammettono che l'impedimento alla riacquisizione della libertà non sia sempre assoluto, potendosi risolvere anche in una vicenda del tutto temporanea (17) - apprezzabile dal punto di vista temporale (18). La giurisprudenza di legittimità, inoltre, ritiene sussistente il reato anche allorquando esista una possibilità per il soggetto passivo di recuperare la libertà, se detta possibilità lo espone a rischi per la sua incolumità personale (19).

Anche in relazione a detta fattispecie, con riferimento all'elemento soggettivo è sufficiente il dolo generico, non essendo richiesto dalla norma alcun fine ulteriore rispetto a quello di privare taluno della propria libertà di locomozione (20).

### 2.1. (segue): La giurisprudenza di legittimità.

A ben vedere, dunque, le fattispecie in esame sono strutturalmente differenti (sebbene entrambe non richiedano particolari modalità di manifestazione della condotta) non solo in ordine al loro estrinsecarsi temporalmente - l'una abituale, l'altra permanente -, bensì anche in relazione al bene giuridico tutelato - l'integrità psicofisica della persona, da un lato, e la libertà di collocarsi autonomamente nello spazio, dall'altro. L'unico elemento che pare accomunarle è rappresentato dal dolo generico, giacché ambedue non richiedono finalità ulteriori per la commissione del reato - ma, con evidenza, si tratta di un elemento di comunanza particolarmente debole, sicuramente insufficiente a ritenere che le due norme possano essere caratterizzate da specialità l'una rispetto all'altra.

Non stupisce, pertanto, la pronuncia dei Giudici di Legittimità *de qua*, considerato che l'orientamento che nega il rapporto di specialità tra le due fattispecie è restato pressoché invariato nel tempo.

Il *leading case* in materia è stato deciso dalla Corte di Cassazione nel 2006 (21), allorquando ha dovuto pronunciarsi nell'ambito di una vicenda che aveva visto il figlio patire dei soprusi reiterati compiuti dal padre, concretizzatisi - anche - nella segregazione del minore all'interno di una cella angusta ricavata nella loro abitazione.

La Corte confermò la decisione del Tribunale di Varese, che aveva individuato la penale responsabilità del padre in relazione sia alla fattispecie ex art. 572 c.p. sia a quella di cui all'art. 605 c.p., valorizzando le dichiarazioni rese dalla persona offesa nonché da altri testimoni.

Alcun rilievo è stato accordato dai Giudici di Legittimità alla tesi difensiva secondo la quale il reato di cui all'art. 605 c.p. risulterebbe assorbito nell'alveo delle condotte ricomprese nei maltrattamenti, su un duplice presupposto: la diversità di beni giuridici e la diversa estrinsecazione delle condotte. È stato infatti affermato che: *“Non sussiste rapporto di specialità tra il delitto di maltrattamenti in famiglia e quello di sequestro di persona, trattandosi di reati che non solo tutelano beni giuridici diversi, ma sono anche caratterizzati da un diverso elemento materiale, in quanto per la sussistenza del reato di maltrattamento è che necessario che un componente della famiglia sottoponga un altro a continue vessazioni, mentre per la sussistenza del reato di sequestro di persona è necessario che l'agente privi taluno della libertà personale”*.

Nella vicenda concreta, la Corte ha evidenziato l'autonomia e la distinzione delle condotte realizzate dal padre, in relazione alle due ipotesi di delitto, così escludendo l'assorbimento del reato di sequestro in quello di maltrattamenti (22).

L'orientamento manifestato nella pronuncia *de qua*, ripresa dalla Suprema Corte nella sentenza qui in commento, è stato in seguito confermato in relazione ad un caso in cui la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale per il riesame di Milano che aveva escluso il concorso del reato di sequestro di persona con quello di cui all'art. 572 c.p., relativamente alle condotte di imbragare o legare su passeggini o seggiolini bambini in tenerissima età nell'ambito di maltrattamenti compiuti in loro danno all'interno di un asilo (23).

Il Tribunale aveva negato la sussistenza del reato di sequestro di persona, pur affermando l'astratta possibilità che detta fattispecie concorra con quella ex art. 572 c.p., sul presupposto che il luogo della collocazione nonché le modalità con le quali i bambini venivano “segregati” non valessero a qualificare la condotta in termini di compressione della libertà di movimento dei piccoli, pur denotando una mortificazione reiterata delle esigenze degli stessi (24). Pertanto, si sarebbe trattato unicamente di elementi indicativi della ravvisabilità del delitto di maltrattamenti, senza che potessero valorizzarsi ai fini del reato di sequestro di persona.

La Corte di Cassazione, negando l'orientamento espresso dal Tribunale, e dando autonoma rilevanza alle condotte di “segregazione” rispetto a quelle dei maltrattamenti, si è dunque concentrata sull'inquadramento di dette condotte al fine di stabilire se le stesse potessero denotare la sussistenza del reato di sottrazione di persone incapaci di cui all'art. 574 c.p., in luogo del delitto ex art. 605 c.p.

Dopo un'analisi puntuale, la Corte ha chiarito che dinanzi ad una ipotesi di sottrazione di persona incapace non ci si trovi automaticamente al cospetto del sequestro di persona; e, al contrario, che la ravvisabilità del delitto ex art. 605 c.p. in danno di un minore non comporta *ipso facto* la sussistenza degli estremi del meno grave reato di cui all'art. 574 c.p.

Nel caso di specie, secondo la Cassazione, i minori non furono vittima di una sottrazione qualificabile ai sensi del delitto di sottrazione di persone incapaci, dal momento che l'esercizio della potestà genitoriale non venne lesa dalle condotte perpetrate; pertanto, proprio valorizzando il difetto di una sostanziale *amotio*, la Corte conclude nel senso di escludere il delitto ex art. 574 c.p., ed affermare la sussistenza del reato di sequestro di persona.

Ciò posto, poi, la Corte di Cassazione si è concentrata sulle concrete modalità di estrinsecazione della condotta degli imputati, al fine di comprendere se le condotte direttamente incidenti (sebbene in una minima parte) sulla libertà di movimento dei bambini potessero rientrare nell'ambito della “condotta maltrattante” ovvero se detti comportamenti fossero ulteriori rispetto a quelli specificamente volti al maltrattamento.

In particolare, in quest'occasione, la Corte ha fornito una precisazione in materia, laddove ha affermato che *“Il reato di sequestro di persona è assorbito in quello di maltrattamenti in famiglia previsto dall'art. 572 c.p., soltanto quando le condotte di arbitraria compressione della libertà di movimento della vittima non sono ulteriori ed autonome rispetto a quelle specificatamente maltrattanti”*.

Vagliata, tuttavia, l'analisi condotta dal Tribunale, i Giudici di Legittimità sono giunti a ritenere necessaria una nuova valutazione sulle condotte perpetrate, proprio allo scopo di verificare la loro autonoma rilevanza ovvero la loro conformità con le condotte tipiche del reato di cui all'art. 572 c.p., decidendo così di annullare l'ordinanza impugnata con rinvio per un nuovo esame della vicenda.

### 3. Conclusioni.

Dall'analisi della - invero non copiosa - giurisprudenza offerta in materia, pare non revocabile in dubbio il concorso tra il reato di maltrattamenti contro familiari e quello di sequestro di persona. E la recente pronuncia in commento conferma l'orientamento sin oggi sviluppatosi.

Certamente ha suscitato alcune perplessità l'indicazione offerta dalla Suprema Corte con la quale ha ammesso la possibilità che il reato di sequestro di persona possa ritenersi assorbito in quello di maltrattamenti dinanzi a condotte compressive della libertà di movimento che non siano "ulteriori ed autonome" rispetto a quelle specificamente maltrattanti. Il che significherebbe - in altre parole - ritenere assorbito il reato di cui all'art. 605 c.p. in quello di cui all'art. 572 c.p. solo quando la condotta dell'agente volta alla limitazione della libertà di movimento sia finalizzata alla realizzazione del più grave reato di maltrattamenti.

Però, a ben vedere, proprio in virtù della diversità del bene che entrambe le fattispecie intendono tutelare, nel caso in cui la limitazione della libertà personale avvenisse per un apprezzabile periodo di tempo, come richiesto per l'integrazione del reato di sequestro di persona, la lesione cagionata parrebbe idonea a considerare entrambe le ipotesi di reato.

Dunque, in siffatta ipotesi, in un'ottica maggiormente repressiva, sembrerebbe più corretto considerare l'ipotesi del concorso di reati in luogo di quella dell'assorbimento del delitto ex art. 605 c.p. nel delitto di maltrattamenti in famiglia.

Nel caso contrario, ovverosia in assenza dell'elemento strutturale della durata apprezzabile della costrizione, neppure potrebbe ipotizzarsi la sussistenza del reato di cui all'art. 605 c.p., e la condotta sarebbe *ex se* assorbita nel reato di maltrattamenti, così come affermato dalla Corte di Cassazione.

Prescindendo dalle precedenti considerazioni, l'orientamento dei giudici di legittimità è stato ribadito, poco dopo la pubblicazione della pronuncia *de qua*, dalla stessa V sezione della Cassazione, la quale ha affermato che "il reato di sequestro di persona è assorbito in quello di maltrattamenti in famiglia soltanto quando le condotte di arbitraria compressione della libertà di movimento della vittima non siano ulteriori ed autonome rispetto a quelle specificatamente maltrattanti. Tale esegesi è in linea con quella sviluppata sul tema, ad esempio, dei rapporti, tra il delitto di violenza sessuale e quello, appunto, di sequestro di persona, secondo cui il delitto di maltrattamenti è assorbito da quello di violenza sessuale soltanto quando vi sia piena coincidenza tra le condotte, nel senso che gli atti lesivi siano finalizzati esclusivamente alla realizzazione della violenza sessuale e siano strumentali alla stessa. Quando, invece, la condotta integrante il reato di cui all'art. 572 c.p. non si esaurisca negli episodi di violenza sessuale, ma s'inserisca in una serie di atti vessatori e percosse tipici della condotta di maltrattamenti, i due reati concorrono". (25)

**Martina Duina**  
Dottoressa in Giurisprudenza  
Specializzanda in Professioni Legali

#### Note.

(1) Corte d'Appello di Genova, sez. II penale, sentenza del 28 marzo 2018 n. 1149.

(2) Cass., sez. I, sentenza del 02/05/2006 n. 18447 in *Rv.* 234673.

(3) Vedi *supra*.

(4) L'art. 572 c.p. (Maltrattamenti contro familiari o conviventi), risulta recentemente modificato dalla L. n. 69 del 19 luglio 2019 - c.d. "Codice Rosso"; la nuova formulazione prevede: "Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da

tre a sette anni.

La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi.

Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.

Il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato".

(5) Rubrica modificata a seguito della L. n. 172/2012 (Ratifica Convenzione di Lanzarote)

(6) *Ex multis*, Cass., Sez. III, sentenza n. 22850 del 16/05/2007, in *De-Jure*: "Il reato di maltrattamenti in famiglia configura un'ipotesi di reato necessariamente abituale costituito da una serie di fatti, per lo più commissivi, ma anche omissivi, i quali acquistano rilevanza penale per la loro reiterazione nel tempo. Trattasi di fatti singolarmente lesivi dell'integrità fisica o psichica del soggetto passivo, i quali non sempre, singolarmente considerati, configurano ipotesi di reato, ma valutati nel loro complesso devono integrare, per la configurabilità dei maltrattamenti, una condotta di sopraffazione sistematica e programmata tale da rendere la convivenza particolarmente dolorosa."

(7) Per una completa disamina sul punto, si veda F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, in *ESI, Univ. Di Perugia*, 1979, pp. 175 ss.

(8) In questo senso, G. Pisapia, voce "Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli", in *DigDPen*, vol. VII, Torino 1993; V. Paterniti, *La famiglia nel diritto penale*, Milano 1970, p. 140.

(9) T. Vitarelli, *Maltrattamenti mediante omissione?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 183 ss.; F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, op. cit., pp. 222 e ss.; S. Vitelli, *Maltrattamenti "ambientali"* tra prassi applicativa e riforme legislative (art. 61 11-quinquies c.p.), in [www.lalegislationepenale.eu](http://www.lalegislationepenale.eu), p. 4; C. Cassani, *La nuova disciplina dei maltrattamenti contro familiari e conviventi. Spunti di riflessione*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), fascicolo n. 3/2013; A. Cadoppi, *sub art. 572 c.p., in Delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, a cura di A. Cadoppi, Trattato di diritto penale, Parte Speciale, VI ed., Torino 2009, 631, il quale ha preferito parlare di integrità della "personalità", termine più vago e sfumato di "integrità fisica e psichica", ma più capace di esprimere una situazione in cui l'offesa è più profonda di una sofferenza fisica o psichica, consistente nel disconoscimento della dignità umana, nella limitazione e nell'oppressione ingiustificata della libertà fisica e morale.

(10) In questi termini v. F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 222 ss. Anche in giurisprudenza il bene tutelato viene ravvisato nella identità fisica o psichica del soggetto passivo (Cass. pen., sez. III, sentenza del 12 giugno 2007, *R.*, in *Mass. Uff.*)

(11) C. Cassani, *La nuova disciplina dei maltrattamenti contro familiari e conviventi. Spunti di riflessione*, op. cit., la quale critica la collocazione codicistica della norma, rimasta invariata anche a seguito dell'intervento sulla fattispecie operato dalla L. 172/2012, ritenendo che la connotazione più opportuna collocherebbe il reato di maltrattamenti all'interno dei reati contro la persona.

(12) Cass., Sez. III, sentenza del 12 giugno 2007, *R.*, *Mass. Uff.*

(13) F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., pp. 286 ss.; C. Cassani, *La nuova disciplina dei maltrattamenti contro familiari e conviventi. Spunti di riflessione*, op. cit.

(14) Cass., Sez. III, sentenza del 16/10/2018 n. 1508 in *Rv.* 274341, ha affermato: "La sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 cod. pen. non implica l'intenzione di sottoporre la vittima, in modo continuo e abituale, ad una serie di sofferenze fisiche e morali, ma solo la consapevolezza dell'agente di persistere in un'attività vessatoria." Ed ancora, in Cass., Sez. VI, sentenza del 18/03/2008 n. 27048 in *Rv.* 240879, si afferma che: "Ai fini della configurabilità del delitto di maltrattamenti, l'art. 572 cod. pen. richiede il dolo generico, consistente nella coscienza e nella volontà di sottoporre la vittima ad una serie di sofferenze fisiche e morali in modo abituale, instaurando un sistema di sopraffazioni e di vessazioni che ne avvilitiscono la personalità."

(15) P. Pisa, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, vol. I, Delitti contro la persona e contro il patrimonio, ed. V, 2016, CEDAM, p. 350 e ss.

(16) Cass., Sez. I, sentenza del 14/02/1994, in *Riv. Pen.* 1994, 1310.

(17) F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, I, Milano, 2008 pp. 156 e ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, Parte speciale, I, Padova, 2005, pp. 309 e ss.

(18) Quanto all'elemento cronologico della durata, perché sia configurabile il delitto di sequestro di persona, si ritiene necessario che la privazione della libertà personale non sia momentanea, ma si protragga per un tempo giuridicamente apprezzabile secondo la valutazione discrezionale del giudice; sul punto, Cass. Pen., sez. V, sentenza 4 febbraio 2000, n. 5443, in *Ius & Lex*, 2004. E. Gallo, voce Sequestro di persona, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1992.

(19) Cass., Sez. V, sentenza del 22/01/2004, Brusauero, in *Guida dir.*, 2006, 26, 78.

(20) *Ex multis*, Cass., Sez. V, sentenza del 17/04/2013 n. 19548 in *Rv.* 256747: "L'elemento soggettivo del delitto di sequestro di persona non richiede il dolo specifico, essendo sufficiente il dolo generico consistente nella consapevolezza di infliggere alla vittima la illegittima restrizione della sua libertà fisica, intesa come libertà di locomozione."

(21) Cass., Sez. I, sentenza del 02/05/2006 n. 18447 in *Rv.* 234673.

(22) Lo stesso principio è stato confermato da una pronuncia di poco successiva, con cui la Corte di Cassazione ha affermato: "Qualora, poi, i singoli fatti "sub iudice" configurino, autonomamente considerati, ipotesi di reato, onde stabilire se vi sia assorbimento nel reato di maltrattamenti ovvero ricorra l'ipotesi del concorso di reati, bisogna avere riguardo ai beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici. A tale riguardo, dovendosi ritenere che per la configurabilità del concorso apparente di norme, con la conseguente necessità di individuare l'unica norma incriminatrice applicabile alla fattispecie, è necessaria l'identità del bene tutelato dalle diverse norme incriminatrici, che quindi devono disciplinare tutte la "stessa materia", secondo la locuzione utilizzata dall'art. 15 c.p., che va intesa, non come identità della condotta, ma come identità del bene tutelato. Da queste premesse, esemplificando, non vi è concorso tra il reato di maltrattamenti e quelli di ingiuria, percosse e minacce in cui si concretano eventualmente i singoli atti di maltrattamento, trattandosi di condotte che offendono tutte lo stesso bene giuridico, ossia l'integrità psicofisica del soggetto passivo. Per converso, sempre esemplificando, in ragione della diversità del bene giuridico tutelato, concorrono con quello di maltrattamenti i reati di sequestro di persona, di riduzione in schiavitù e di violenza sessuale." (Cass., Sez. III, sentenza del 16/05/2007 n. 22850 in *DeJure*).

(23) Cass., Sez. V, sentenza del 19/12/2016 n. 15299 in *Rv.* 270395. Trattasi del noto caso "Asilo 'Baby World Bicocca'", nel quale una maestra, preposta alla gestione dell'asilo, era imputata in concorso con il legale rappresentante della struttura per aver percosso, stratonato, tappato la bocca o imboccato forzatamente alcuni bambini in tenerissima età; altresì era accusata di aver legato i piccoli su alcune seggioline, mediante apposite sdraio, lasciandoli al buio per periodi prolungati in locali diversi da quelli adibiti per l'accoglienza (talvolta nei bagni).

(24) Il Tribunale ha affermato, infatti che "l'illiceità della condotta - di sequestro -, in ragione del grado di compressione della libertà di locomozione, deve valutarsi anche in relazione alla condizione personale del soggetto (non essendo indifferente l'età del bambino stesso), configurandosi il reato nei confronti di bambini in tenera età tutte le volte in cui la limitazione fisica non risponda ad un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di libertà di movimento e quelle di tutela, anche dell'incolumità fisica, del minore stesso". Sicché, nel caso concreto, quelle modalità di privazione della libertà, secondo il Tribunale, valevano a dimostrare unicamente che "non erano finalizzate a 'sequestrarli', bensì a neutralizzarne i pianti, ad impedire loro di manifestare il disagio o la sofferenza". Del resto, i bambini erano stati assicurati ai passeggini attraverso cinture di sicurezza, evidentemente utilizzate in ottica di tutela dei minori.

(25) Cass., Sez. V, sentenza del 25/03/2019 n. 21133 in *DeJure*.

*di convincerlo a redigere un testamento in favore della fidanzata del figlio dell'amministratore stesso, non riuscendo nel suo proposito soltanto per il rifiuto opposto dai notai (1).*

(...*Omissis*...)

C.R. e C.A. imputati per il reato p. e p. dagli artt. 81 cpv., 110, 56 e 643 c.p. perché, in concorso tra loro, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dello stato di infermità o di deficienza psichica di B.E., in favore del quale C.R. era stato nominato amministratore di sostegno, ponevano in essere atti idonei a diretti in modo non equivoco ad indurre il predetto a compiere un atto importante per lui effetti giuridici dannosi: in particolare, C.R. prendeva contatti e convocava presso l'abitazione del B. in due occasioni distinte due diversi notai al fine di raccogliere un testamento con cui B. avrebbe favorito anche F.R., fidanzata di C.A.; non riuscendo nell'intento per cause indipendenti dalla sua volontà, segnatamente perché i notai constatavano come il B. non fosse nelle condizioni di manifestare validamente la sua volontà.

(...*Omissis*...)

C.R. conobbe, verso la metà degli anni '80, la persona offesa, in qualità amministratore di condominio dell'immobile ove il secondo risiedeva assieme alla sorella Olga; negli anni, il rapporto tra i due uomini era sempre stato di reciproco rispetto e di grande collaborazione nell'ambito dei comuni interessi condominiali (...*omissis*...) Con il passare degli anni, l'età avanzata del B. e della sorella Olga, nonché l'assenza di parenti stretti dei due, indussero il C.R. ad assisterli nel compimento di numerose attività, quali la gestione degli immobili del B. dati in locazione a terzi e la presentazione delle dichiarazioni dei redditi, tutte attività che l'imputato realizzò a titolo gratuito nell'interesse dei due anziani. (...*omissis*...)

Nel giugno 2016, C.R. fu poi nominato amministratore di sostegno di B.E., a seguito di ricorso presentato dagli assistenti sanitari del presidio ospedaliero San Martino di Genova (ove il B. era stato ricoverato in seguito ad una caduta), a causa delle condizioni fisiche e psichiche in cui lo stesso versava (...*omissis*...)

Ipotizza il Pubblico Ministero nella contestazione che, nel corso delle relazioni appena sopra descritte intercorse tra il C.R. e la persona offesa, il primo, in concorso con il figlio C.A., approfittando dell'incapacità di autodeterminarsi di E., abbia posto in essere atti idonei diretti in modo non equivoco ad indurre lo stesso a redigere testamento in favore (tra gli altri) di R.F., fidanzata del C.A., non riuscendovi per aver poi la persona offesa manifestato innanzi al notaio dubbi sulla propria volontà di testare.

Secondo la difesa degli imputati, invece, il B. si determinò autonomamente a fare testamento, altresì individuando, senza alcuna influenza esterna, il nominativo della F. quale propria erede; ed infatti, secondo quanto riferito dagli imputati, il B. aveva manifestato loro in più occasioni la propria volontà di fare testamento, tra l'altro anche per lasciare parte del suo patrimonio al C.R., quale ricompensa per tutta l'assistenza ricevuta da quest'ultimo, individuando autonomamente nella persona della F. quel soggetto prossimo all'imputato che, stante il divieto legale per l'amministratore di sostegno di essere nominato erede dall'amministrato, avrebbe potuto ereditare il patrimonio del B. (cfr. esami C.R. e A., ud. 06.02.19). Tanto premesso, ammessa in via generale la configurabilità del tentativo di circonvenzione di persona incapace (cfr. Cass. Pen. n. 8837/2016 "Il delitto di circonvenzione di persone incapaci è fattispecie punibile anche a titolo di tentativo quando all'opera di induzione del soggetto agente non consegua il compimento dell'atto pregiudizievole per il sopravvenuto verificarsi di fattori esterni indipendenti dalla volontà del sog-

Tribunale Genova in composizione monocratica, 6 marzo 2019, n. 606 - Giudice Lepri.

**REATI contro il patrimonio mediante frode - circonvenzione di persone incapaci - configurabilità del tentativo - deficienza psichica - induzione mediante abuso - accertamento del nesso di causalità psichica - responsabilità penale dell'amministratore di sostegno.**

*Integra il reato di tentata circonvenzione di persone incapaci la condotta dell'amministratore di sostegno che, abusando dello stato di deficienza psichica dell'anziano amministrato, cerca*

getto passivo”), occorre verificare se nel caso di specie ricorrono tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all’art. 643 c.p..

Quanto all’abuso dello stato di infermità o deficienza psichica della vittima, molto si è discusso in punto capacità cognitive e critiche di B.E. al momento dei fatti: sul punto, il dibattimento ha sì determinato l’emersione di fatti e circostanze significativi di una certa capacità della persona offesa (...*omissis*...), ma ha altresì chiarito come il B. fosse in effetti circonvenibile, in quanto facilmente influenzabile. (...*Omissis*...). Inoltre, l’attività istruttoria espletata ha restituito prova dell’esistenza di una situazione di disorientamento cognitivo della persona offesa, sia pur momentaneo e non gravissima, in ogni caso sintomatica di una forte vulnerabilità del B. (...*omissis*...)

Ne deriva pertanto che, nonostante l’accertata capacità di intendere e volere all’esito dell’accertamento tecnico effettuato sul B. dai dott. A.R. e G.P. (cfr. documentazione in atti), il B. stesso al momento dei fatti era senza dubbio circonvenibile (...*omissis*...)

A ciò si aggiunga che costituisce ormai assodato approdo giurisprudenziale quello per cui, con il reato di circonvenzione di incapace, il legislatore non abbia inteso tutelare i soggetti totalmente o parzialmente incapaci dall’abuso che l’agente possa compiere a loro danno a causa dello stato di incapacità in cui versano, ma abbia invece inteso salvaguardare i soggetti che, trovandosi in situazioni tali da renderli particolarmente assoggettabili alle pressioni, agli stimoli ed agli impulsi che altri esercitano su di loro, siano facilmente determinabili e coscientemente indotti al compimento di atti per loro stessi o per altri pregiudizievoli (cfr. Cass. Sez. II, 7101/88), con la conseguenza che qualsiasi persona, seppur capace di intendere e volere, può in concreto venirsi a trovare in situazioni tali da diminuire la propria capacità di autodeterminarsi liberamente e per conseguenza in uno stato di suggestionabilità, onde di circonvenibilità, rilevante nella prospettiva di cui all’art. 643 c.p..

Appare quindi evidente lo stato di assoggettabilità a stimoli e pressioni della persona molto anziana (quale indiscutibilmente era il B.) e priva (così come il B. dopo la morte della sorella) di parenti vicini che lo seguano quotidianamente, nei confronti di chi le presta assistenza, come pacificamente fece l’odierno imputato C.R., in qualità di suo amministratore di sostegno ed amministratore del condominio ove viveva, i cui rapporti, per stessa ammissione dell’imputato, furono tanto intensi da poter senza dubbio ritenere che il B. facesse pieno affidamento sull’imputato (cfr. esame C.R. - ud. 06.02.19). (...*Omissis*...)

Per quanto attiene, invece, alla sussistenza di atti diretti in modo non equivoco ad indurre il B. a disporre del proprio patrimonio mediante testamento valga considerare quanto segue.

Come è noto, nella giurisprudenza della Cassazione si sono formati in ordine al concetto di induzione rilevante ex art. 643 c.p. due diversi filoni: secondo il primo filone, più restrittivo, l’induzione presuppone una apprezzabile pressione morale, di suggestione o di persuasione, cioè di spinta psicologica che non può ravvisarsi nella pura e semplice richiesta al soggetto passivo (cfr. Cass. Sez. II, 28080/15); secondo un diverso, più risalente e comunque minoritario, filone invece l’induzione può consistere in qualsiasi comportamento o attività - come una semplice richiesta - cui la vittima, per le sue minorate condizioni, non sia capace di opporsi (Cfr. Cass. Sez. II, 18583/09) o, addirittura, nel semplice rafforzamento di una decisione presa autonomamente dal soggetto passivo (cfr. Cass. Sez. VI, 266/96).

A qualsivoglia filone interpretativo si intenda aderire è per-

tanto evidente che l’induzione presuppone comunque un comportamento positivo del soggetto attivo volto ad incidere sulla volontà della vittima circa il compimento dell’atto dannoso, quanto meno rafforzandola.

Tanto precisato, un primo indizio della fondatezza dell’ipotesi accusatoria deve essere individuato nella circostanza (peraltro nota ai C. per loro stessa ammissione - ud. 06.02.19) che il B. avesse già redatto un testamento olografo in passato, con ciò ben potendosi dubitare che la persona offesa, eventualmente preoccupata per la sorte che avrebbe avuto il suo patrimonio a seguito della sua morte, avvertisse l’esigenza di fare un nuovo testamento, viceversa potendo modificare le disposizioni testamentarie pregresse. (...*Omissis*...)

Valga inoltre considerare la circostanza del dato cronologico relativo ai contatti intercorsi tra il C.R. ed i notai a cui venne richiesto di ricevere la volontà testamentaria del B.. In tal senso, se la prima settimana di agosto il notaio D.A., contattato con urgenza per conto del C.R. perché si presentasse a casa del B., verificò come quest’ultimo aveva necessità di ricevere solo alcuni chiarimenti in materia successoria (stante l’assenza di eredi necessari), pochissimo tempo dopo (l’11 agosto) il notaio G., dopo aver ricevuto una mail dall’amministratore di sostegno con cui venivano anticipate le volontà testamentarie della persona offesa, si recava presso l’abitazione di quest’ultima per ricevere testamento ed ivi rinveniva, oltre al presunto testatore, anche alcuni soggetti - reperiti dallo stesso C. - pronti ad assistere alle operazioni notarili in qualità di testimoni.

Ebbene, la circostanza che in un così breve lasso di tempo il B. non solo avesse pienamente superato i propri dubbi in materia successoria, ma avesse altresì raggiunto un grado di convincimento tale da voler immediatamente disporre, consente di ritenere che vi fu una qualche ingerenza da parte di terzi nella determinazione della persona offesa a testare. E ciò anche alla luce del fatto che il C. non contattò nuovamente il notaio D.A., che aveva accertato l’assenza della volontà di disporre del B. solo pochi giorni prima e che avrebbe potuto avanzare dubbi sulle piene facoltà dell’anziano, né tanto meno il notaio di fiducia del B. che, come chiarito dallo stesso imputato, lo aveva assistito in passato per ogni attività immobiliare da lui realizzata, ma si rivolse piuttosto ad un terzo professionista, che non conosceva e che era certamente all’oscuro di quanto accaduto nei giorni precedenti (...*Omissis*...) Inoltre, costituisce ulteriore indizio della fondatezza dell’ipotesi accusatoria la circostanza che il C., pur consapevole delle condizioni psichiche del B., non si attivò affatto per informare il giudice tutelare circa l’intenzione dell’amministrato di compiere un atto di disposizione testamentaria, viceversa in un brevissimo lasso di tempo convocando il notaio G., reperendo lo specialista che avrebbe dovuto accertare la capacità di intendere e volere dell’anziano ai fini del testamento ed individuando preventivamente i testimoni per il compimento dell’atto notarile (cfr. esame C.R. e A., ud. 06.02.19). Tutti comportamenti complessivamente significativi del fatto che il C. abbia posto in essere condotte idonee, se non a realizzare una vera e propria pressione morale sulla persona offesa, certamente a rafforzare la volontà testamentaria del B., agevolandone fattivamente la concretizzazione. (...*Omissis*...)

Peraltro, lo stato confusionale percepito dai notai G. e D., unitamente ai dubbi manifestati alla cugina M., potrebbero addirittura indurre a dubitare del fatto che il B. si fosse autonomamente determinato a fare testamento, così come invece ribadito dagli imputati: ed infatti, se la persona offesa fosse stata davvero determinata a fare un nuovo testamento ovvero a modificare il precedente, sarebbe stata altresì in grado di ribadire, almeno in qualche occasione, tale convin-

cimento anche innanzi a terzi. E tale conclusione potrebbe apparire ulteriormente riscontrata dalla circostanza del ritrovamento, da parte della M., di una lettera a lei indirizzata, contenente un biglietto vergata dal B. di suo pugno, nel quale scrisse di voler annullare ciò che aveva firmato in data 11 agosto 2016 (cfr. prod. in atti): trattasi infatti di circostanza idonea a fare dubitare non solo del fatto il B. fosse artefice delle proprie scelte ma anche che quest'ultimo fosse davvero consapevole di quanto stava accadendo intorno a lui nel periodo di cui al capo di imputazione.

Ebbene, i predetti elementi indiziari appaiono seriamente ed univocamente significativi del fatto che il processo di formazione della volontà testamentaria del B., persona circonvenibile per età e per condizioni personali, sia stato influenzato dalle condotte di terzi ed in particolare del C.R., persona di sua fiducia e che certamente si attivò onde consentire a che il B. facesse testamento in favore (tra l'altro) della F., fidanzata del figlio.

Ed infatti, anche a voler ritenere che il B. si fosse invece determinato a fare testamento in piena autonomia e senza alcuna interferenza del C.R., deve escludersi che la persona offesa possa aver individuato il nominativo di F.R. quale beneficiario principale delle proprie disposizioni testamentarie, senza che ciò gli fosse stato per lo meno suggerito dagli odierni imputati.

(...*Omissis*...)

Inoltre, secondo la bozza di testamento inviata dall'imputato C.R. al notaio G., a fronte di un patrimonio rappresentato da circa 800.000 Euro e dieci immobili, il B. avrebbe previsto di lasciare alla F. quattro immobili (siti in G. ed in S. M.), oltre ad una consistente somma di denaro, i titoli di stato ed il contenuto della cassetta di sicurezza (cfr. allegato mail 10.08.16 inviata dal C. al notaio G., in atti): ebbene, non vi è chi non veda come sia arduo ritenere che un uomo descritto dai più come particolarmente attento al proprio patrimonio possa aver autonomamente deciso di lasciare buona parte dei propri averi, peraltro assai consistenti, ad una donna a lui quasi sconosciuta. A riscontro di tale conclusione, valga considerare anche il fatto che il B., in occasione della perizia effettuata dal dott. R., riferì al medico di voler disporre del proprio patrimonio in favore dell'Istituto G.G. o dell'Associazione G.G. di G., viceversa non citando affatto la F. tra i beneficiari del suo testamento (...*omissis*...)

Di talché, l'insieme degli elementi indiziari fin qui riassunti impone di ritenere provato in termini di certezza processuale che C.R., approfittando dello stato di circonvenibilità in cui versava la persona offesa, ebbe ad incidere sulla volontà testamentaria del B., non riuscendo nell'intento per ragioni esterne (segnatamente, per il fatto che il notaio G. rilevò l'assenza di volontà testamentaria dell'anziano).

E ciò avvenne certamente con il concorso del figlio C.A.

Infatti, il concorso di quest'ultimo nella condotta illecita del padre è desumibile dal fatto che l'imputato era presente all'incontro con il notaio G., che peraltro aveva in precedenza contattato onde fissare il predetto appuntamento (cfr. esame teste G. "nei primi giorni di agosto sono stata contattata più volte sia dal C.R. che dal C.A."), dal fatto che la beneficiaria principale del testamento sarebbe stata la sua fidanzata, nonché dal fatto che fu proprio l'imputato a presentare al B. la F., portandola in due o tre occasioni presso la sua abitazione, senza che ne sussistesse alcuna ragione di visita e proprio nel periodo immediatamente precedente ai fatti dell'agosto 2016. (...*Omissis*...)

Nessun dubbio, peraltro, circa l'univocità e l'idoneità dei predetti comportamenti a determinare l'induzione del B., nella forma di cui si è detto, a fare testamento in favore della F.: come chiarito da costante giurisprudenza, infatti, la valutazione circa

l'idoneità e non equivocità degli atti, ai sensi dell'art. 56 c.p., deve essere effettuata alla luce della situazione che si presentava all'imputato al momento dell'azione (cfr. Cass. Pen. Sez. 1, Sentenza n. 32851 del 10/06/2013). Ebbene, non vi è chi non veda come le condotte degli imputati, consistite (almeno) nella fattiva agevolazione della concretizzazione della volontà testamentaria del B., fossero senza dubbio idonee e diretti univocamente alla produzione dell'evento delittuoso, tenuto conto non solo del ruolo rivestito dal C.R. (persona cui il B. si affidava integralmente) ma anche delle concrete condizioni in cui l'anziano (ultraottantenne e certamente in stato di alterazione psichica) versava al momento dei fatti.

(...*Omissis*...)

Quanto al C.R., alla luce dei criteri di cui all'art. 133 c.p., ed in particolare tenuto conto del maggior grado di partecipazione attiva al reato, si stima come equa la pena finale di mesi sei di reclusione ed Euro 200,00 di multa, così calcolata: pena base, ai sensi degli artt. 56 e 643 c.p., mesi nove di reclusione ed Euro 300,00 di multa, ridotta ex art. 62 bis c.p. alla pena finale summenzionata.

Quanto al C.A., si stima come equa la pena finale di mesi cinque e giorni dieci di reclusione ed Euro 100,00 di multa, così calcolata: pena base, ai sensi degli artt. 56 e 643 c.p., mesi otto di reclusione ed Euro 150,00 di multa, ridotta ex art. 62 bis c.p. alla pena finale summenzionata.

(...*Omissis*...)

#### P.Q.M.

Visti gli artt. 533, 535 c.p.p.

Dichiara C.R. e C.A. responsabili del reato loro ascritto e, concesse le attenuanti generiche, condanna C.R. alla pena di mesi sei di reclusione ed Euro 200,00 di multa e C.A. alla pena di mesi cinque e giorni dieci di reclusione ed Euro 100,00 di multa, oltre al pagamento delle spese processuali. (...*Omissis*...)

#### (1) Tentata circonvenzione di incapace da parte dell'amministratore di sostegno: la difficile prova degli elementi costitutivi della fattispecie.

**Sommario:** 1. *Premessa* - 2. *La circonvenzione di persona incapace: una fattispecie complessa.* - 2.1. *L'accertamento dello stato di incapacità della vittima.* - 2.2. *L'induzione penalmente rilevante: il difficile riscontro del nesso di causalità psichica.* - 2.3. *La prova del tentativo di circonvenzione di incapace: una valutazione necessariamente indiziaria.* - 3. *Considerazioni conclusive: verso l'introduzione del reato di "circonvenzione di persona anziana".*

#### 1. Premessa.

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Genova - al termine di un articolato *iter* motivazionale - ha condannato i due imputati, rispettivamente padre e figlio, per il delitto di tentata circonvenzione di incapace. Secondo la ricostruzione accusatoria, avallata dal giudice di prime cure, il padre avrebbe tentato di incidere sulla volontà testamentaria di un facoltoso ottantottenne di cui era amministratore di sostegno, approfittando della sua condizione di particolare vulnerabilità che, come emerge dalle risultanze dibattimentali, lo rendeva facilmente "influenzabile". Segnatamente, il proposito degli imputati era quello di convincere l'anziano a redigere un nuovo testamento, con cui destinare una parte considerevole delle sue ingenti sostanze a una donna a lui pressoché sconosciuta, identificata come la fidanzata del figlio dell'amministratore di sostegno. La difesa, al contrario, riteneva che la persona offesa si fosse autonomamente determinata al compimento dell'atto,

in quanto spinta dal desiderio di ricompensare, seppur indirettamente, gli imputati per l'assistenza ricevuta negli ultimi anni di vita: l'art. 411 del codice civile - facendo espresso rimando agli artt. 596, 599 e 779 c.c. - prevede, infatti, la nullità delle disposizioni testamentarie a favore dell'amministratore di sostegno, anche se per interposta persona (1). Tuttavia, i due notai contattati dagli imputati constatarono la mancanza della chiara ed inequivoca volontà dell'anziano testatore, interrompendo, così, l'azione criminosa.

## 2. La circonvenzione di persona incapace: una fattispecie complessa.

La disamina degli aspetti critici della pronuncia in commento non può prescindere da un sintetico inquadramento dei tratti essenziali della fattispecie prevista dall'art. 643 c.p. (2). Molto si è discusso intorno alla natura dell'interesse protetto: l'indirizzo attualmente prevalente - valorizzando la collocazione topografica della norma - attribuisce al bene giuridico tutelato una connotazione esclusivamente patrimoniale (3). Al contrario, una parte autorevole della dottrina ritiene che l'art. 643 c.p. integri un reato pluri-offensivo, posto principalmente a tutela della "libera esplicazione delle attività della vittima", rispetto a cui l'offesa patrimoniale "degrada a mera eventualità" (4). L'agente, rendendosi responsabile di una condotta particolarmente insidiosa, approfitta, infatti, delle condizioni di debolezza psico-psichica della persona offesa ed instaura con la stessa un rapporto squilibrato e gravemente pregiudizievole. Nondimeno, il riscontro in merito alla sussistenza degli elementi costitutivi del reato - come dimostra la scarsa giurisprudenza formatasi in materia - risulta nella prassi molto complicato, in quanto l'azione delittuosa si svolge su un piano difficilmente percepibile *in rerum natura*, qual è quello delle interazioni psichiche tra il soggetto attivo e la persona offesa (5).

### 2.1 L'accertamento dello stato di incapacità della vittima.

Ai fini della configurabilità del delitto *de quo* è in primo luogo necessario che la vittima sia minorenni, inferma di mente o che sia ridotta in uno stato di deficienza psichica (6). In sostanza, deve trattarsi di una persona in condizione di minorata difesa psicologica, affetta da un' "incisiva menomazione delle facoltà di discernimento o di determinazione volitiva, tale da rendere possibile l'intervento suggestivo dell'agente" (7). Mentre il concetto di infermità ha natura "essenzialmente clinica" e ricomprende nel suo alveo malattie ed anomalie mentali accertabili in sede medico-legale - come, ad esempio, la psicosi maniaco-depressiva o la schizofrenia - la deficienza non consiste in una "vera e propria patologia" ma in uno stato, anche transitorio, di menomazione delle facoltà intellettive, volitive ed affettive, che può derivare da una pluralità di fattori di carattere fisico, psichico o relazionale (8). Spetta dunque all'autorità procedente il delicato compito di verificare se il destinatario della condotta delittuosa si trovi in una condizione riconducibile al paradigma della deficienza psichica: trattandosi del presupposto del reato, tale valutazione non può dipendere da automatismi di carattere presuntivo (9), che desumano lo stato di incapacità dalla mera appartenenza della vittima a una determinata categoria di soggetti ritenuta particolarmente vulnerabile (10). Si pensi, per l'appunto, alla vecchiaia: per quanto sia innegabile che l'età avanzata costituisca un primo indizio dello stato di ridotta capacità psichica della persona offesa, è altrettanto evidente che questa condizione soggettiva non comporti, di per sé, il decadimento delle facoltà intellettive (11). L'indagine deve allora concentrarsi sulle interazioni tra l'agente e la presunta vittima, in quanto l'effettiva circonvenibilità può essere accertata soltanto a livello relazionale, valutando cioè se il rapporto tra le parti soffra di uno

equilibrio così significativo da rendere la persona offesa passibile di induzione o di abuso (12).

Tornando al caso di specie, il quadro delineatosi nel corso del dibattimento non pare lasciar spazio a dubbi in merito allo stato di deficienza psichica in cui versava la persona offesa al momento dei fatti. Sebbene l'accertamento medico-legale avesse ritenuto il testatore pienamente capace di intendere e di volere, numerosi elementi indiziari appaiono "una situazione di forte disorientamento cognitivo" della vittima che, di fatto, non era più in grado di provvedere al soddisfacimento dei suoi bisogni primari, né, a maggior ragione, alla gestione delle proprie sostanze (13). Al tempo stesso, è indiscutibile la dipendenza sviluppata dall'anziano nei confronti dell'imputato, il quale, con l'avanzare dell'età, lo aveva assistito nell'adempimento di svariate incombenze, spesso aventi carattere patrimoniale, fino ad esserne nominato - in mancanza di prossimi congiunti che potessero quotidianamente prendersene cura - l'amministratore di sostegno (14). Peraltro questi era pienamente consapevole dello stato di forte debolezza del soggetto passivo, avendo avuto accesso alla documentazione relativa alle sue condizioni cliniche, allegata al Decreto di nomina ad amministratore di sostegno.

### 2.2 L'induzione penalmente rilevante: il difficile riscontro del nesso di causalità psichica.

Il nucleo essenziale del reato di cui all'art. 643 c.p. viene tradizionalmente individuato nell'induzione della vittima al compimento di un atto dispositivo pregiudizievole, mediante l'abuso della sua condizione di debolezza (15).

Si tratta, invero, di una condotta dai confini particolarmente labili, consistente nell'esercizio di un'influenza sulle determinazioni volitive della persona offesa, la quale viene "indotta a fare ciò che vuole l'autore della circonvenzione" (16). Sull'esatta delimitazione del tipo delittuoso si fronteggiano due indirizzi giurisprudenziali: il primo, minoritario e più risalente, adotta una lettura ampia del concetto di induzione, facendovi rientrare anche la semplice richiesta di compiere l'atto dispositivo cui la vittima, in ragione delle sue minorate condizioni psico-fisiche, non sia capace di opporsi (17). Il secondo orientamento, maggiormente rispettoso dei fondamentali principi di tassatività e determinatezza, ravvisa gli estremi dell'induzione soltanto a fronte di un'apprezzabile opera di suggestione, persuasione o pressione morale, finalizzata a determinare "la volontà minorata del soggetto passivo" (18). La sentenza in esame non aderisce a nessuna delle menzionate prospettazioni ermeneutiche: ciò che conta, secondo il giudice procedente, è che sussista un comportamento attivo volto a incidere sulla psiche della vittima, "quantomeno rafforzando la sua volontà circa il compimento dell'atto dannoso".

In altri termini, occorre verificare se le condotte degli imputati abbiano avuto rilevanza causale rispetto alla determinazione del soggetto passivo a compiere l'atto pregiudizievole, a cui non avrebbe acconsentito in condizioni "normali" (19). In mancanza di una legge scientifica idonea a spiegare i meccanismi interni alla psiche umana (20), la prova dell'induzione può essere raggiunta soltanto attraverso un'attenta analisi "caso per caso" avendo riguardo della tipologia di atto compiuto, del pregiudizio da esso scaturente e del "complesso contesto dei rapporti tra le parti" (21). Per quanto il ricorso a elementi di natura indiziaria consenta il (parziale) soddisfacimento delle ineludibili ragioni di giustizia sostanziale sottese all'incriminazione delle condotte descritte dall'art. 643, non si possono tuttavia negare le forti perplessità derivanti dall'applicazione del paradigma causale-condizionalistico "ai processi conformativi delle risoluzioni di una persona" (22).

### 2.3 La prova del tentativo di circonvenzione di incapace: una valutazione necessariamente indiziaria.

Come anticipato in premessa, nel caso in commento l'*iter criminis* non è giunto a completamento (23) per il rifiuto dei notai di ricevere le ultime volontà della persona offesa (24). A risultare controversa è però la stessa ammissibilità del tentativo di circonvenzione di incapace (25): una parte degli studiosi ritiene, infatti, che la sua natura di reato di pericolo comporti l'esclusione della punibilità del delitto tentato, in quanto verrebbe incriminato "il pericolo di un pericolo" (26). Nondimeno, il giudice precedente, in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, ne ha affermato la piena configurabilità "laddove all'opera di induzione del soggetto agente non consegua il compimento dell'atto pregiudizievole, a causa del sopravvenuto verificarsi di fattori esterni indipendenti dalla volontà del soggetto passivo" (27).

Si tratta, allora, di verificare se le condotte degli imputati fossero idonee e dirette in modo non equivoco a indurre l'anziana vittima a disporre per testamento: non potendosi considerare gli effetti pregiudizievole che sarebbero derivati dalla stipulazione dell'atto, la prova dell'induzione deve essere ricercata unicamente nei rapporti tra le parti. Tale accertamento risulta decisamente complesso, in quanto l'abuso è stato perpetrato in maniera talmente subdola ed insidiosa da risultare quasi impercettibile ad un osservatore esterno (28). Tuttavia, l'autorità precedente ha ritenuto che gli indizi emersi nel corso nel dibattimento depongano in modo "grave, preciso e concordante" in favore dell'integrazione del tentativo di circonvenzione tanto in capo all'amministratore di sostegno che in capo a suo figlio.

La posizione del primo imputato è, a nostro avviso, piuttosto nitida: sebbene la sentenza manchi di individuare una specifica condotta induttiva, dalla disamina dei comportamenti complessivamente tenuti dall'agente si evince il fatto che questi abbia cercato di condizionarne la volontà testamentaria (29). Particolarmente significativa risulta la circostanza che l'imputato, approfittando del suo ruolo di amministratore di sostegno, si fosse messo in contatto con due diversi notai e avesse loro anticipato il contenuto del futuro testamento dell'anziano, il quale - al momento di redigere l'atto - si era poi mostrato in evidente stato confusionale.

Decisamente più marginale sembrerebbe, invece, l'apporto fornito dal secondo imputato (il figlio dell'amministratore di sostegno): egli si sarebbe limitato a presenziare all'incontro con il notaio, ad individuare le persone che avrebbero dovuto assistere alla redazione del testamento e a presentare all'anziano la sua fidanzata (e, nelle intenzioni degli agenti, futura erede del circonvenuto), andando a fargli visita nel periodo immediatamente precedente ai fatti in imputazione. Simili condotte, seppur meno insidiose rispetto alla subdola opera di convincimento messa a punto dall'amministratore di sostegno, avrebbero fornito - in mancanza del rifiuto opposto dai notai - un apporto decisivo alla concretizzazione della volontà testamentaria del soggetto passivo e, dunque, alla realizzazione dell'evento delittuoso.

### 3. Considerazioni conclusive: verso l'introduzione del reato di "circonvenzione di persona anziana".

In conclusione, l'*iter* argomentativo seguito dal giudice genovese non si discosta dalla recente giurisprudenza in materia di circonvenzione di incapace che, ai fini dell'integrazione dell'elemento obiettivo del reato, richiede la contemporanea sussistenza di tre requisiti: "la minorata condizione di autodeterminazione del soggetto passivo", "l'abuso dello stato di vulnerabilità del soggetto passivo" e "l'induzione a compiere un atto che comporti, per il soggetto passivo o per terzi, effetti giuridici dannosi di qualsiasi natura" (30).

Se il riscontro in merito allo stato di deficienza psichica dell'anziana vittima risulta, a nostro avviso, puntuale, ineliminabili paiono le criticità intorno alla dimostrazione nel nesso di causalità psichica tra la condotta di induzione mediante abuso e la determinazione del soggetto passivo a disporre per testamento. Sul punto, il ruolo del giudice del merito si fa estremamente delicato, in quanto solamente una rigorosa ricostruzione delle interazioni tra il presunto circonventore e la persona offesa consente di valutarne "il grado di libertà decisionale" e l'effettiva assoggettabilità agli stimoli e alle pressioni dell'agente (31).

Peraltro, deve rilevarsi - in via soltanto incidentale - come il disegno di legge S. 980, attualmente al vaglio della Commissione giustizia presso la Camera dei deputati, mosso dal condivisibile intento di assicurare "una più adeguata tutela alle persone anziane", abbia proposto di introdurre un secondo comma all'art. 643 c.p., specificamente volto ad incriminare chiunque abusando "delle condizioni di debolezza e di vulnerabilità dovuta all'età di una persona", induca taluno al compimento di un atto che comporti effetti pregiudizievole (32).

Se questa modifica venisse approvata si amplierebbe, perlomeno a livello testuale, il novero dei possibili destinatari della condotta tipica. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, l'inserimento della nuova ipotesi delittuosa non condurrebbe al potenziamento degli strumenti di contrasto al diffuso fenomeno delle "frodi nei confronti delle persone anziane" ma, al contrario, potrebbe originare problemi di coordinamento con la fattispecie prevista dal comma 1.

Come osservato pocanzi, sebbene la vecchiaia non costituisca, di per sé, un requisito essenziale della fattispecie in esame, la Cassazione si è da tempo attestata nel senso di ritenere che il diminuito potere di critica e la riduzione delle funzioni volitive dovuti all'avanzare dell'età possano integrare gli estremi della condizione di deficienza psichica di cui al primo comma dell'art. 643 c.p. (33). Del resto, anche qualora venisse introdotto il nuovo delitto di "circonvenzione di persona anziana", occorrerebbe comunque dimostrare la sussistenza, nel caso di volta in volta esaminato, dello stato di debolezza o di vulnerabilità causato dall'età avanzata (34), dovendosi escludere che l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato possa fondarsi sulla presunzione di minorata capacità psichica del soggetto passivo.

**Gabriele Pontepino**  
Dottorando di ricerca in diritto penale  
Università degli Studi di Genova

#### Note.

(1) Ai sensi dell'art. 599, comma 2, c.c. vengono considerate "persone interposte" il padre, la madre, i discendenti e il coniuge della persona incapace di ricevere per testamento; pertanto, nel caso di specie, oltre che l'amministratore di sostegno, non avrebbe potuto ereditare nemmeno il figlio (e concorrente nel reato).

(2) Per una completa esegesi del tipo delittuoso si leggano, per tutti: M. Ronco, *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1 ss.; G. Marini, *Incapaci (circonvenzione di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, 308 ss.; M. Siniscalco, *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 45 ss.

(3) Oggetto di tutela è il patrimonio dell'incapace e la sua libertà di autodeterminarsi nel compimento di atti aventi carattere patrimoniale; sul punto si vedano, tra gli altri: G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, VII ed., Bologna, 2015, 218; C. Pedrazzi, *Sul soggetto passivo della circonvenzione di incapace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 361; M. Bertolino, *Nuovi orizzonti del delitto contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010, *passim*.

(4) L. Bisorì, *La circonvenzione d'incapaci*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, Milano, 2011,

672 ss.; nello stesso senso: F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, VI ed, Milano, 2016, 24. Secondo M. Siniscalco, *Circonvenzione di persone incapaci*, cit., 46 nella fattispecie di cui all'art. 643 c.p. "la limitazione degli interessi tutelati ai soli interessi patrimoniali si attenua e acquista maggior rilievo la particolare condizione dei soggetti verso cui è rivolta la persona". Peraltro, alcuni autori, pur considerando l'art. 643 un reato mono-offensivo, affermano la natura "personalistica" del patrimonio, intendendolo quale "bene funzionale all'esplicazione delle esigenze dell'individuo e tutelato in funzione della dignità e dello sviluppo della persona umana". Sul punto: F. Albano, *Il reato di circonvenzione di incapace come presidio della personalità individuale: gli approdi più recenti*, in *Giur. Mer.*, 2013, 1982 ss.; L. Tarasco, *Circonvenzione di persone incapaci*, in *I reati contro il patrimonio*, diretto da S. Fiore, Milano, 2010, 605.

(5) Cfr. C. Colombo, *Circonvenzione di incapace. Si apre la forbice riguardante la capacità della vittima del reato*, in *Riv. pen.*, 2018, 6, 590.

(6) Come rilevato da M. Mattia, *Sull'oggettiva riconoscibilità dello stato di deficienza psichica della vittima come presupposto tacito del fatto di circonvenzione di incapaci. Considerazioni critiche a margine di una recente sentenza della Suprema Corte*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 11, 1, l'art. 643 c.p. designa un'ipotesi di reato "a soggetto passivo qualificato"; si tratta di particolari figure criminose "nelle quali l'interesse tutelato fa capo soltanto a determinate categorie di soggetti". Per un'ampia disamina del ventaglio dei possibili destinatari della condotta illecita si veda: M. Belli, *La circonvenzione di incapace*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò - C. Piergallini, *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo - C.E. Paliero, Torino, 2011, 678.

(7) La giurisprudenza sul punto è pacifica. Si richiamano, ex plurimis: C. Cass., sez. II, sentenza 3 ottobre 2012, n. 40429; C. Cass., sez. II, sentenza 25 marzo 2010, n. 15185; C. Cass., sez. IV, sentenza 23 aprile 2008, n. 27412.

(8) Si tratta dunque di una nozione riferibile unicamente al paradigma giuridico-convenzionale; così: L. Tarasco, *Circonvenzione di persone incapaci*, cit., 615, nonché P. Palladino, *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, Milano, 2010, 631 s. Per una chiara definizione del concetto di deficienza psichica si legga: M. Ronco, *Circonvenzione di persone incapaci*, cit., 3.

(9) Sul rifiuto delle presunzioni in diritto penale, per tutti: F. Caporotundo, *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale*, in *Giurisprudenza penale Web*, 24 gennaio 2017; M. Pelissero, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria* in *Giur. Cost.*, 2015, 1522 ss.

(10) Trattandosi di un presupposto del reato, "il giudizio di colpevolezza può fondarsi solo sulla assoluta certezza della sua sussistenza"; in questi termini: L. Bisori, *La circonvenzione d'incapaci*, cit., 678. Sulla complessità del compito demandato all'autorità procedente: P. Pittaro, *L'accertamento dello stato di infermità o deficienza psichica quale presupposto del reato di cui all'art. 643 c.p.*, in *Fam. e Dir.*, 2013, 80.

(11) "Le forme depressive e le manifestazioni di tipo emozionale strettamente collegate con l'età fisiologica avanzata" - precisa S. Riondato, *sub. art. 643*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti - S. Seminara - Zuccalà, Milano, 2017, 3117 - non assumono di per sé rilevanza penale ai sensi dell'art. 643, se non viene concretamente accertato un indebolimento tale da rendere l'anziano un minorato psichico. Sulla condizione di particolare fragilità del soggetto passivo in età avanzata: M. Monteleone, *La tutela dell'anziano in famiglia e nei luoghi di ricovero*, in *Giur. Mer.*, 2011, 3007 B ss.; A. Pagliaro, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 41 ss., nonché P. Cipolla, *L'anziano vittima dei reati patrimoniali*, in *Giur. Mer.*, 2011, 3019B ss.

(12) Così: C. Barbieri - A. Luzzago, *L'affettività dell'anziano nell'ipotesi di circonvenzione di incapace: considerazioni tecnico-valutative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 571; gli autori rilevano come "l'indagine della tipologia del rapporto interpersonale permette di cogliere quelle modificazioni della sfera emotivo-affettiva che, al di là di asserite autonomie decisionali ed anche in presenza di sufficienti risorse intellettive, si delineano come una condizione di vulnerabilità tale da integrare una condizione di deficienza psichica"; nello stesso senso: E. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2013, 530.

(13) Affinché sussistano i presupposti di soggettività passiva del reato *de quo* non occorre che la persona offesa versi in uno stato di incapacità di intendere e di volere ma è sufficiente il riscontro di "una situazione sog-

gettiva di fragilità psichica derivante dall'età, dall'insorgenza o dall'aggravamento di una patologia neurologica o psichiatrica anche connessa a tali fattori o dovuta ad anomale dinamiche relazionali che consenta all'altrui opera di suggestione ed induzione di depravare il personale potere di autodeterminazione, di critica e di giudizio"; vd. C. Cass., sez. I civ., sentenza 19 maggio 2016, n. 10329, C. Cass., sez. II, sentenza 28 febbraio 2017, n. 9734.

(14) Com'è noto, tale istituto - introdotto dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6 - opera a beneficio di soggetti che si trovino in uno stato di menomazione fisica o psichica ma non così rilevante da imporre il ricorso a misure ben più gravose per la libertà di autodeterminazione, quali sono, invece, l'interdizione e l'inabilitazione. Per una disamina della figura dell'amministratore di sostegno: G. Savorani, *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno*, in *Pol. Dir.*, 2006, 144 ss.; G. Bonilini - F. Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, *passim*.

(15) Come acutamente osservato da C. Sabatelli, *Delitti contro il patrimonio mediante sfruttamento della condizione della vittima*, in *I reati contro il patrimonio*, a cura di M. De Giorgio - M. Guagliani - S. Tovani, Torino, 2010, 400, la condotta materiale è quindi "duplicemente e disgiuntamente atteggiata": verso l'abuso delle condizioni della persona offesa e verso l'induzione.

(16) In questo senso: C. Colombo, *Circonvenzione di incapace*, cit., 592; per una chiara definizione del concetto di induzione penalmente rilevante: M. Siniscalco, *Circonvenzione di persone incapaci*, cit., 47, secondo cui "l'induzione è un fatto psicologico che si concreta nella influenza esercitata da una volontà su un'altra".

(17) C. Cass., sez. II, sentenza 11 febbraio 2010, n. 18158.

(18) Cfr. M. Belli, *La circonvenzione di incapace*, cit., 684. Tra le numerose pronunce di legittimità si richiamano: C. Cass., sez. II, sentenza 13 dicembre 2013, n. 1419, C. Cass. sentenza 2 luglio 2015, n. 28080; queste sentenze puntualizzano che la "condotta di induzione implichi il compimento di attività di sollecitazione e suggestione capaci di far sì che il soggetto passivo preli il suo consenso al compimento dell'atto dannoso, con la conseguenza che, ai fini dell'integrazione del reato, non è sufficiente che l'agente si limiti a trarre giovamento dalle menomate condizioni psichiche del soggetto passivo".

(19) L. Cornacchia, *Il problema della cd. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari - G. Fornasari, Bologna, 2001, 230. Precisamente, la condotta di induzione mediante abuso deve essere causa di due effetti cronologicamente successivi: il compimento di un atto da parte del soggetto passivo e la produzione di un effetto giuridico per lui o per altri dannoso. Così: F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 250. Sulla portata dell'"evento di disposizione patrimoniale" realizzato dall'incapace: D. Falcinelli, *L'atto dispositivo nei delitti contro il patrimonio. Selezione e intersezioni del sistema penale*, Torino, 2013, 64 ss.

(20) Il progresso operato nel campo delle neuroscienze è notevole ma, ad oggi, non vi sono strumenti in grado di dimostrare il nesso causale tra la condotta dell'agente e l'evento psichico. Sullo sviluppo delle neuroscienze ed il loro ingresso nel processo penale, si leggano per tutti: F. Basile - G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. pen. contemp.-Riv. trim.*, 2017, 4, 269 ss.; C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, Torino, 2016, *passim*; G. Messina, *Le neuroscienze nel processo: profili problematici e orizzonti prospettici di un nuovo confronto tra scienza e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 347 ss.

(21) Per una panoramica sulla giurisprudenza di legittimità: E. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, cit., 536.

(22) Si condivide quanto affermato da L. Cornacchia, *Il problema della cd. causalità psichica*, cit., 230. Tuttavia, autorevole dottrina ha rilevato come la "riduzione" della capacità di autodeterminazione della persona "istigata" renda l'accertamento processuale del nesso di causalità psichica "meno ambiguo", sussistendo una "precisa ed effettiva" interazione tra soggetto passivo e soggetto attivo. Così: L. Riscicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 43 s.

(23) La costante giurisprudenza - considerando il delitto *de quo* un reato di pericolo - identifica il suo momento consumativo nel compimento dell'atto capace di procurare l'effetto giuridico dannoso: v. L. Bisori, *La circonvenzione d'incapaci*, cit., 690. Parte della dottrina, ritenendo la condotta produttiva di un duplice evento, sostiene che il reato sia perfetto allorché si verifichi l'effetto patrimoniale pregiudizievole. Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 250. Contraria alla stessa lettera della legge sarebbe invece la tesi che ritiene il reato consumato nel momento in cui

è compiuta l'opera di induzione. Sul punto: M. Siniscalco, *Circonvenzione di persone incapaci*, cit., 54.

(24) La sola redazione del testamento non comporta alcun effetto pregiudizievole: il reato si consuma soltanto "all'atto della 'apprensione' che produce il materiale conseguimento del profitto ingiusto nel quale si sostanzia il pericolo insito nella induzione", ossia nel "tempo in cui si verifica il decesso del testatore, condizione per il sorgere del pericolo, o in altra e successiva data ove venga posta in essere ulteriore condotta per il conseguimento del profitto"; v. C. Cass., sez. II, sentenza 2 maggio 2017, n. 20669, C. Cass., Sez. II, sentenza 16 ottobre 2012, n. 45786.

(25) Così: E. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, cit., 546.

(26) Cfr. V. Manzini, *Delitti contro il patrimonio. Trattato di diritto penale italiano*, V. ed., aggiornata da P. Nuvolone - G.D. Pisapia, vol. IX, Torino, 1984, 864.

(27) La sentenza fa espresso riferimento a: C. Cass., sez. II, sentenza 12 febbraio 2016, n. 8837.

(28) Non è infrequente che la circonvenzione sia posta in essere sfruttando le condizioni di malattia, di generosità o di fragilità della vittima, mediante l'instaurazione di rapporti squilibrati e duraturi nel tempo. Sul punto: C. Colombo, *Circonvenzione di incapace*, cit., 592.

(29) *Ibidem*. In giurisprudenza, *ex plurimis*: C. Cass., sez. II, sentenza 7 dicembre 2006, n. 40383. Secondo la Cassazione, la prova dell'induzione "non deve di necessità poggiare su episodi specifici di suggestione e pressione morale, ben potendo il convincimento sul punto essere fondato su

elementi indiretti e indiziari o su prove logiche, tratte dal complessivo contesto dei rapporti tra le parti e dagli accadimenti più strettamente connessi al compimento dell'atto pregiudizievole".

(30) L'assunto in giurisprudenza è pacifico; cfr. C. Cass., Sez. II, sentenza 4 aprile 2019, n. 14892; C. Cass., Sez. II, 20 giugno 2013, n. 39144. Tra le pronunce di merito, per tutte: Trib. Genova, sez. I, sentenza 12 settembre 2016.

(31) Si vedano, diffusamente: C. Barbieri - A. Luzzago, *L'affettività dell'anziano nell'ipotesi di circonvenzione di incapace*, cit., 570.

(32) In realtà, nella sua formulazione originaria, il DDL proponeva l'inserimento del nuovo art. 643-bis c.p. che avrebbe dovuto prevedere l'autonomo reato di circonvenzione di persona anziana. Cfr. DDL S. 980, recante "Modifiche al codice penale in materia di circonvenzione di persone anziane". La proposta di legge, approvata con modifiche dal Senato il 12 giugno 2019, è ora in attesa di essere esaminata dalla Commissione II Giustizia presso la Camera dei deputati.

(33) Cfr. *supra*, par. 2.1.

(34) *Contra* Servizi studi Senato, *Nota breve n. 99, A.S. 980 e 885-A-Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale e altre misure in materia di circonvenzione di persone anziane*, giugno 2019: "qualora la circonvenzione sia commessa ai danni di una persona in età avanzata sembrerebbe operare una sorta di presunzione circa l'accertamento dello stato di minorazione della sfera intellettuale e volitiva della vittima, essendo la condizione di debolezza o di vulnerabilità ricollegati espressamente all'età".

## Sezione di deontologia

# Massime

Consiglio Distrettuale di Disciplina Forense della Liguria, 25 giugno 2019 n. 40, - Pres. Ratti - Rel. Buscaglia.

### **CORRISPONDENZA scambiata con il collega - divieto di produzione - avvocato che agisce quale liquidatore assicurativo - insussistenza dell'illecito disciplinare.**

(Art. 48 cdf)

*Pur sussistendo il principio generale, di cui all'art. 48 CDF, di divieto di produrre in giudizio la corrispondenza intercorsa esclusivamente tra colleghi (qualificata come riservata ovvero comunque contenente proposte transattive e relative risposte) non sussiste violazione deontologica laddove l'avvocato (la cui corrispondenza venga poi prodotta in giudizio) agisca quale liquidatore di una compagnia assicurativa. Nel caso di specie si è ritenuto non esservi luogo a provvedimento disciplinare nei confronti dell'incolpato che aveva prodotto in una causa pendente davanti al Tribunale di Genova la corrispondenza, inerente le trattative per la definizione di una vertenza, intercorsa con un avvocato che agiva quale liquidatore assicurativo (emergeva, tra l'altro, dalla corrispondenza, che l'indirizzo di posta elettronica era quello attribuito all'avvocato dalla compagnia assicurativa, che nell'intestazione delle e-mail risultava chiaramente come le stesse provenissero dall'Ufficio sinistri della medesima compagnia nonché, infine, la necessità, dichiarata dall'avvocato/liquidatore, di "riferire al suo diretto superiore" informando poi il collega "circa le determinazioni della sua mandante").*

Consiglio Distrettuale di Disciplina Forense della Liguria, 21 febbraio 2017, n. 6 - Pres. Valetini - Rel. De Santis.

### **INCOMPATIBILITÀ (dovere di evitare) permanenza dell'iscrizione all'albo - svolgimento dell'incarico di amministratore unico di una s.r.l. - sussistenza dell'illecito disciplinare - dovere di collaborazione con le istituzioni forensi - difetto di riscontro da parte dell'iscritto - sussistenza di autonomo illecito disciplinare.**

(Artt. 6, 71 e 71 c. 2 cdf)

*In forza dell'art. 6 CDF l'avvocato deve evitare di svolgere attività incompatibili con la permanenza dell'iscrizione all'albo e comunque incompatibili con i doveri di indipendenza, dignità e decoro della professione. Inoltre, ai sensi dell'art. 24 c. 2 CDF, 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. Autonomia ed indipendenza dell'azione professionale nell'esercizio dell'attività di avvocato vengono esplicitamente richiamati anche dall'art. 3 LPF. Nel rispetto del principio di indipendenza dell'avvocato, così come riaffermato dalle norme citate, è fatto divieto all'iscritto all'albo di assumere e rivestire la carica di amministratore unico di società di capitali. Nel caso di specie è emerso che l'incolpato aveva ricoperto per anni (e ricopriva al momento della segnalazione) l'incarico di amministratore unico, con evidenti poteri di gestione, in una società di capitali impegnata in attività commerciale. Va ribadita l'assoluta incompatibilità tra l'esercizio della professione forense e la carica di amministratore unico, con poteri gestionali, di una società di capi-*

*tali: una carica sociale, con poteri di gestione e di rappresentanza, come nel caso di specie, compromette l'indipendenza dell'avvocato, assoggettandolo a potenziali conflitti di interesse che discendono, immancabilmente, dall'assunzione della carica sociale di una società di capitali che abilita così l'avvocato, illegittimamente, allo svolgimento di attività commerciali.*

*Ulteriore e diverso obbligo gravante sull'avvocato è quello, ex art. 71, c. 2 CDF, di non lasciare prive di riscontro eventuali richieste, provenienti dalle Istituzioni forensi, di chiarimenti, notizie o adempimenti. La mancata sollecita risposta (eventualmente anche negativa) dell'iscritto costituisce autonomo illecito disciplinare.*

*Nel caso di specie l'incolpato non si era presentato all'incontro chiarificatore richiesto e sollecitato, a seguito della segnalazione circa l'incompatibilità rilevata, dal Consiglio dell'Ordine di appartenenza né aveva ritenuto di fornire, a detta Istituzione forense, alcun chiarimento o giustificazione in merito a quanto a lui addebitato.*

*A carico dell'iscritto è stata ritenuta congrua, alla luce della gravità delle violazioni deontologiche accertate, l'irrogazione della sanzione della sospensione dall'esercizio della professione per il periodo di due mesi.*

Consiglio Distrettuale di Disciplina Forense della Liguria, 23 ottobre 2018, n. 71 - Pres. Duykers Mannocci - Rel. De Santis.

### **OBBLIGO FORMATIVO - mancato conseguimento dei crediti formativi - sussistenza dell'illecito disciplinare - dovere di collaborazione con le istituzioni forensi - difetto di riscontro da parte dell'iscritto - sussistenza di autonomo illecito disciplinare.**

(Artt. 15, 70 c. 6, 71 e 71 c. 2 cdf)

*Costituisce dovere dell'avvocato quello della formazione e dell'aggiornamento professionale, secondo quanto previsto dall'art. 11 LPF e con le modalità di cui al Regolamento CNF n. 6/2014 (Regolamento per la formazione continua). Come reiteratamente affermato dal CNF "l'obbligo di formazione continua è posto a tutela della collettività, al migliore esercizio della professione nell'interesse del cliente e dell'amministrazione della giustizia e sussiste per il solo fatto dell'iscrizione all'albo". L'accertato mancato conseguimento, da parte dell'iscritto, dei crediti formativi previsti per il triennio (di cui all'art. 12, comma 3 Reg. CNF n. 6/2014) costituisce violazione del combinato disposto degli artt. 15 e 70, c. 6 CDF.*

*Ulteriore e diverso obbligo gravante sull'avvocato è quello, ex art. 71, c. 2 CDF, di non lasciare prive di riscontro eventuali richieste, provenienti dalle Istituzioni forensi, di chiarimenti, notizie o adempimenti. La mancata sollecita risposta (eventualmente anche negativa) dell'iscritto costituisce autonomo illecito disciplinare.*

*Nel caso di specie l'incolpato non aveva conseguito alcun credito nell'arco del triennio formativo e non aveva mai fornito alcun riscontro, neppure negativo, alle richieste giunte dalle Istituzioni forensi in merito al mancato adempimento degli obblighi formativi, denotando così complessivamente apatia ed indifferenza sia a tali ultimi obblighi sia ai rapporti con le Istituzioni forensi; è stata ritenuta congrua, per le violazioni deontologiche accertate, l'irrogazione della sanzione della censura.*

# Documenti

## *Avvocato e pubblicità informativa*

**Fabio Cavaletti**

*Avvocato, Consigliere del C.D.D. Liguria*

Con il «*decreto Bersani*» (D.L. n. 223/06 conv. in L. n. 248/06) prende avvio il percorso legislativo attraverso il quale vengono abrogate le disposizioni che prevedono, con riferimento alle attività libero professionali ed intellettuali, il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa; percorso legislativo che, per la nostra professione, si conclude con la Legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante la nuova disciplina dell'ordinamento professionale forense (Legge Professionale Forense - LPF).

In forza dell'art. 10 LPF, «è consentita all'avvocato la pubblicità informativa sulla propria attività professionale, sull'organizzazione e struttura dello studio e sulle eventuali specializzazioni e titoli scientifici e professionali posseduti»; inoltre, la pubblicità e tutte le informazioni diffuse pubblicamente (con ogni mezzo, anche informatico) «*debbono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere comparative con altri professionisti, equivoche, ingannevoli, denigratorie o suggestive*». Il nostro ordinamento, perciò, consente ad ogni avvocato di liberamente informare il pubblico, con le modalità che ritiene più opportune, circa le caratteristiche della propria attività professionale ma vieta tutt'oggi la «pubblicità commerciale» poiché permane un concetto negativo del confronto tra avvocati quale paragone tra prodotti.

La Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite (con la sentenza 13/11/2012, n. 19705) ha precisato che l'abrogazione del divieto di svolgere pubblicità informativa per le attività libero professionali, stabilita dal «*decreto Bersani*», non ha precluso (e non preclude) all'organo disciplinare di sanzionare l'iscritto laddove le modalità di diffusione ed il contenuto del messaggio pubblicitario non risultino conformi a correttezza e siano, quindi, in contrasto con le norme di cui alla Legge Professionale Forense ed al Codice Deontologico Forense (CDF).

I principi di cui all'art. 10 LPF vengono integralmente riproposti (ed ampliati) negli articoli 17 e 35 CDF.

Gli articoli 17 e 35 CDF, recanti le disposizioni in tema di pubblicità informativa, si collegano necessariamente all'art. 37 CDF («*Divieto di accaparramento di clientela*»); con tutta evidenza una violazione dei principi ai quali deve attenersi l'avvocato nell'informare il pubblico circa la propria attività professionale può facilmente tramutarsi in un (potenziale) veicolo di scorretta ricerca di clientela. Va, perciò, sempre tenuto a mente, da parte di ogni avvocato che intenda proporsi al pubblico, l'obbligo non derogabile di improntare la propria condotta a correttezza, dignità e decoro. Il Consiglio Nazionale Forense, a tal proposito, ha avuto più volte modo di riaffermare come la normativa oggi vigente non consenta una pubblicità indiscriminata ma solo ed esclusivamente la diffusione di specifiche informazioni sull'attività, sui contenuti, sui prezzi e le altre condizioni di offerta dei servizi professionali, al fine di orientare razionalmente le scelte di colui che ricerchi assistenza.

Ciò che il professionista può rendere pubbliche sono le effettive caratteristiche dei servizi offerti o della propria personalità professionale; non può, invece, per non incorrere in una violazione disciplinare sotto forma di illecita modalità di acquisizione di

clientela, persuadere il potenziale cliente attraverso messaggi privi di contenuto informativo (completo, concreto e razionale) ma dall'ingannevole capacità evocativa emozionale.

## *Ancora una riflessione sul fatto che "Il rispetto delle regole esige innanzitutto la conoscenza delle regole"*

**Roberta Caprioli**

*Avvocato, Consigliere del C.D.D. Liguria*

L'essere avvocato presuppone la conoscenza della Legge Professionale e della deontologia, sulle quali si viene obbligatoriamente interrogati all'esame orale per conseguire l'abilitazione all'esercizio della professione forense.

Considerando che l'attività dell'avvocato ha un rilievo fondamentale nella società, in quanto è diretta ad assicurare l'effettività del diritto alla difesa, come riconosciuto e garantito dall'art. 24 Cost., verrebbe da pensare che ciascuno che si affaccia alla professione forense per prima cosa si premuri di conoscere e comprendere appieno le regole cui tale professione è soggetta.

Invece le norme deontologiche - che ciascun avvocato dovrebbe conoscere come i codici di diritto e di rito - continuano ad essere materia poco conosciuta, e di ciò si ha evidenza sia leggendo gli esposti che giungono all'esame del CDD, sia leggendo le difese dei colleghi segnalati: spesso infatti, più di quel che si vorrebbe o penserebbe, il tenore delle difese lascia intendere la non conoscenza del precetto violato e talvolta anche l'inconsapevolezza della violazione che viene contestata.

Non me ne vogliano quindi i giovani che si affacciano alla professione - e so di alienarmi le simpatie di molti - se alla luce dell'esperienza maturata come componente del CDD Liguria, mi sentieri propensa ad introdurre almeno un questionario su L.P. e deontologia anche in sede di esame scritto...

Rispetto ad altre professioni, all'avvocato si richiede sempre un *quid pluris*, che è quello di tenere anche al di fuori dell'esercizio della professione una condotta tale da non compromettere la dignità ed il decoro della professione: questo precetto, di per sé semplice, è però di non immediata intuitiva attuazione, soprattutto nella società attuale che è sempre più liquida e sposta sempre «un po' più in là» il confine del decoro; oggi più che mai c'è bisogno di chiarezza e confronto tra ciò che è consentito e ciò che consentito non è e non può esserlo, nel rispetto del dovere di difesa del proprio cliente. È compito del COA organizzare corsi di aggiornamento ed approfondimento in materia di ordinamento forense e di deontologia, ed è oggi compito del solo CDD esercitare la potestà disciplinare: i due compiti devono andare di pari passo, con sinergica collaborazione e chiara consapevolezza dei rispettivi ruoli, per far sì che la Giustizia Domestica riservata alla nostra professione non sia (mal)vista all'esterno come privilegio bensì sia caposaldo e principio cardine imprescindibile.