

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

Rivista quadrimestrale di giurisprudenza
del Distretto della Corte d'Appello di Genova

Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Antonino Dimundo, Luciano Di Noto, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi (C.M.), Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione:

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Luigi Cocchi, Guido Colella, Giuseppe Donato, † Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Andrea Fusaro, Emanuele Lamberti, Antonio Lovisolo, 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 Cocconi (SI.CO.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (F.DM.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghiglieri (F.GHI.), Carlo Iavicoli, Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Viogliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

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

Sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale:

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

Collaborano

Sezione di diritto civile:

Erika Adamo, Federica Adorni (F.AD.), 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.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), 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 Dassio, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Annamaria De Luca (A_DL.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaela Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gavittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Stefano Faccio, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Carlo Fava, Daniele Ferrari (D.F.), Andrea Ferreccio (A.FRC.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.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.), Viviana Isola, Paola M. Ivaldi

(P.M.I.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, 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.O.C.), Silvia Olcese (SI.O.L.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orechia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovengo (GUR.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scalfidi (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 Zanolli (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.), 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 Sagunto, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

Sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Alessia Baldassarre (A.BAL.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Luca Costanzo (L.C.), Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Massimo Di Paolo, Massimiliano Ferrando (M.F.), Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Andrea Machiavello (A.M.), Claudia Nouvion (C.N.), Caterina Oliva, Roberta Pera (R.P.), Alessandra Piccardo (A.P.), Agnese Querci (A.Q.), Lorenzo Ugolini (L.U.), Andrea Viaggi (A.V.)

Sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Ilaria Busca, Annalisa Carella (AN.CAR.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Franco Augusto Gastaldo, M. Francesca Lanzmaster, 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, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

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 di Genova, 23 marzo 2018

3

Tribunale di Genova, 13 giugno 2017

6

Tribunale di Genova, 14 marzo 2018

10

Tribunale di Genova, 15 marzo 2018

12

Massime

2

Documenti

L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi
Guido Alpa

22

Genitori e figli nelle unioni civili
Gilda Ferrando

32

L'impresa degli enti non lucrativi tra etica e mercato
Andrea Fusaro

35

Suddito, cittadino, persona: la Lunga Marcia attraverso la democrazia
Michele Marchesiello

38

Appunti sull'amministratore di condominio
Antonio Fontana

47

Il legato in sostituzione di legittima tra presupposti processuali e condizioni dell'azione. Spunti per una lettura de «Il giorno del giudizio» di Salvatore Satta.

Marco Tiby **50**

*La saga dei processi civili
(I Tribunali dei Forsyte visti da un Giudice Civile)*
Andrea Del Nevo

58

*La negoziazione assistita.
Dalla pratica ad uno sguardo comparato*
Carlo Alberto Calcagno

62

Recensioni

LAURA MOSCATI, *Alessandro Manzoni "avvocato". La causa contro Le Monnier e le origini del diritto d'autore in Italia*
Guido Alpa

67

IDA CARACCIOLLO, FRANCESCA GRAZIANI, *Il caso dell'Enrica Lexie alla luce del diritto internazionale*
Filippo Maria Torresi

68

Sezione di diritto tributario

Massime **71**

Sezione di diritto penale

Massime **76**

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 marzo 2018, n. 733 - Giudice Unico Braccialini - X (Avv. Tamborra) c. società Y (Avv. Dal Negro).

CONTRATTO in genere – contratto preliminare – inadempimento reciproco – impossibilità di giungere al perfezionamento del contratto definitivo - recesso - obbligo di restituzione della caparra – inadempimento “prevalente” – verifica - necessità.

Nei contratti con prestazioni corrispettive, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento in caso di inadempienze reciproche, è necessario far luogo ad un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambo le parti, al fine di stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi ed all’oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti, perché l’inadempimento deve essere addebitato esclusivamente a quel contraente che, con il proprio comportamento colpevole prevalente, abbia alterato il nesso di reciprocità che lega le obbligazioni assunte con il contratto, dando causa al giustificato inadempimento dell’altra parte.

(...Omissis...)

I Signori X, con atto di citazione del 3-4-2015, hanno convenuto in giudizio la società Y, chiedendo a questo Tribunale di dichiarare che il contratto preliminare stipulato in data 29-2-2012 ed i successivi Addenda, stipulati con la controparte rispettivamente in data 30.7.2013 e 31.1.2014, validamente conclusi tra le parti, erano rimasti ineseguiti per fatto e colpa della controparte, promittente venditrice di alcune porzioni immobiliari ubicate nel fabbricato sito in Recco, in corso di ristrutturazione: segnatamente, un appartamento di 18 vani, nonché il box annesso, da realizzarsi nel terrapieno sottostante il giardino.

Si chiedeva in tal senso di dichiarare la gravità degli inadempimenti imputabili alla società Y, riconoscendo l’efficacia della diffida ad adempiere comunicata il 14-4-2014; di contro all’illegitimo recesso esercitato dalla società Y con comunicazione in data 23.4.2014, per difetto per quest’ultima dei presupposti di legge e conseguente condanna, in applicazione dell’art.1385 comma 2 c.c., della controparte al pagamento in favore degli esponenti di un importo corrispondente al doppio delle somme versate a titolo di caparra confirmatoria (complessivi euro 750.000,00), oltre accessori. In via subordinata, veniva prospettata la nullità del predetto contratto preliminare con i successivi Addenda, in applicazione di quanto previsto all’art. 2 del D.lgs. 122/2005: invalidità da cui discendeva l’obbligo restitutorio di tutti gli importi indebitamente percepiti, pari ad euro 380.000,00; mentre in ulteriore subordine, si domandava la risoluzione del rapporto contrattuale con conseguente condanna della società Y alla restituzione in favore degli esponenti del medesimo importo da ultimo indicato.

Gli esponenti giustificavano tali richieste come segue.

In data 29.2.2012 essi avevano stipulato con società Y un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto l’acquisto e la ristrutturazione di alcune porzioni immobiliari facenti parte dell’immobile sito in Recco, più precisamente l’appartamento, incluse le porzioni terrazzate di copertura dei locali sotostanti, e il locale box annesso da realizzarsi nel terrapieno sot-

tostante il giardino, per un corrispettivo pari ad euro 1.950.000,00. Nell’art. 11 del contratto le parti avevano convenuto che tutte le opere di frazionamento, costruzione e ristrutturazione del fabbricato, avrebbero dovuto essere eseguite ed ultimate in tempo utile per la stipula del contratto definitivo, da effettuarsi entro il 31.1.2013 e che la stipula del contratto definitivo sarebbe avvenuta entro il termine di sette giorni dalla sottoscrizione del verbale di accettazione delle opere.

Nel successivo art. 13 del suddetto contratto la società Y aveva garantito che l’intero fabbricato sarebbe stato ristrutturato in conformità del titolo edilizio e delle vigenti disposizioni urbanistico-edilizie; e che, entro la data di stipula del definitivo, sarebbe stata presentata tutta la documentazione richiesta dalle vigenti disposizioni di legge per il rilascio del certificato di agibilità. In base invece all’art. 10, la società Y si era impegnata a rilasciare una fideiussione agli esponenti per l’importo di iniziali 200.000,00, prevista dall’art. 2 d.lgs 122/2005, a copertura delle somme corrisposte a titolo di caparra confirmatoria.

In effetti, essi attori avevano ricevuto la fideiussione per l’importo di euro 200.000,00, recante la data del 29.2.2012, rilasciata da Z, la cui validità era cessata il 28.2.2013, senza però che la società Y avesse provveduto a rilasciare una nuova fideiussione, pur avendo essi promissari corrisposto gli importi pattuiti a loro carico per 250 mila euro.

Ciò premesso, non era stato possibile procedere alla stipula del contratto definitivo di compravendita poiché la ristrutturazione dell’immobile e dell’insieme delle opere appaltate non era stata ancora ultimata; la documentazione necessaria all’ottenimento del certificato di agibilità non era stata presentata; gli esponenti non erano stati ancora convocati per la visita dell’immobile e la redazione del verbale di accettazione. Per tali ritardi e omissioni, era stato stipulato un primo “Addendum” in cui si fissava un nuovo termine (31.1.2014) entro cui il contratto definitivo avrebbe dovuto essere concluso e si rideterminava il corrispettivo, a carico degli esponenti, in complessivi euro 1.740.000,00: gli esponenti, in adempimento del suddetto addendum, avevano corrisposto l’importo di euro 125.000,00 a titolo di caparra confirmatoria. Nello stesso Addendum si era stabilito che l’intero importo corrisposto sino ad allora dagli odierni attori, pari ad euro 375.000,00, dovesse essere imputato a titolo di caparra confirmatoria e che la stipula del definitivo era subordinata al rilascio del certificato di agibilità dell’immobile, la cui mancanza avrebbe comportato la risoluzione del contratto preliminare ai sensi dell’art. 1456 c.c.

Ricevuta una nuova fideiussione scadente il 21.8.2014, dopo ulteriore differimento al 31.3.2014 stabilito con un secondo Addendum del 31.1.2014, gli esponenti avevano contestato alla società Y l’inadempimento dal contratto preliminare e la conseguente impossibilità di procedere alla stipula per la data del 31.3.2014, poiché l’immobile non era conforme alla vigente disciplina urbanistico-edilizia, né idoneo alla destinazione d’uso di abitazione, né, ancora, conforme alla disciplina del vincolo paesistico ambientale: prova ne sia che il Comune di Recco aveva ordinato alla società convenuta di provvedere alla demolizione delle opere abusive eseguite ed al contestuale rispristino dei luoghi conformemente a quanto assentito originariamente.

Allegando quindi l'inadempimento di Bianca alle obbligazioni in tal modo assunte, come pure l'invalidità del rapporto per il mancato rinnovo della fideiussione, gli attori hanno quindi sottoposto al Tribunale le indicate richieste di restituzioni e ristori sopra evidenziate.

Con comparsa ai costituzione e risposta del 29.9.2d15 la società Y si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto di tutte le domande attoree proposte poiché infondate e, in via riconvenzionale, di dichiarare la legittimità del recesso da lei esercitato in data 23.4.2024, ovvero da intendersi manifestato in questa sede giudiziaria, in riferimento al contratto preliminare ed ai successivi Addenda rispettivamente stipulati il 29.3.2012, 30.7.2013 e 31.1.2014; con conseguente declaratoria del diritto di trattenere le somme già corrisposte da parte attrice e ordine al Conservatore RRII di procedere alla cancellazione della trascrizione del contratto preliminare relativo all'immobile di via Romanengo 21; condannando i signori X a risarcirle il danno subito per l'illegittimo diniego di cancellare la predetta trascrizione, danno allo stato ammontante nell'importo di euro 50.000,00, oltre accessori.

La convenuta fa presente che nell'Addendum del 30.7.2013 le parti stipulanti avevano convenuto e specificamente individuato i lavori residui ancora da eseguire e quali sarebbero stati realizzati "a propria esclusiva cura ed onore" rispettivamente da parte venditrice e da parte acquirente. Su pressante richiesta degli attori, erano state convenute una riduzione del prezzo ed una dilazione del suo pagamento derivante da difficoltà dei promissari nel reperimento delle risorse necessarie per l'acquisto dell'immobile. Inoltre, i promissari avevano rinunciato a pretese diverse dal completamento dei lavori individuati all'art. 2.1 e dalla consegna al momento del definitivo del certificato di agibilità.

Dopo la stipula degli Addenda, essa convenuta aveva ultimato i lavori ivi previsti e depositato in Comune domanda per il rilascio di certificato di agibilità, poi avvenuto in data 30.1.2014 per cui, venuti ad esistenza i presupposti per la stipula del contratto definitivo nel termine contrattualmente individuato, Bianca 2009 aveva invitato i promissari alla stipula dello stesso. Tuttavia i signori X, non disponendo della provvista necessaria per acquistare l'immobile, avevano richiesto e ottenuto una proroga del termine di stipula del contratto definitivo al 31.3.2014 (atto del 31.1.2014).

La convenuta aveva successivamente invitato gli attori a comunicare il nominativo del Notaio che avrebbe stipulato il rogitto, ma quest'ultimi avevano opposto il loro rifiuto poiché la richiesta del certificato di agibilità della convenuta presentata al Comune avrebbe attestato che l'impianto di canne fumarie, di esalazione, di ventilazione e di areazione forzata non era stato oggetto di modifiche quando invece — a detta degli attori — avrebbe subito radicali trasformazioni tali da richiedere una specifica certificazione di conformità. Prospettazione tecnica infondata avanzata al solo scopo di differire la stipula del definitivo poiché in realtà i promissari non avevano la provvista necessaria: la loro richiesta di finanziamento bancario era stata negata e gli acquirenti, quindi, erano impossibilitati ad adempiere l'obbligazione di pagamento a loro carico.

Da qui, le confutazioni epistolari alle richieste dei promissari e la diffida loro inoltrata per il contestato inadempimento, con il preavviso di applicazione dell'art. 1385 comma 2 c.c. e ritenzione gli importi fino ad allora ricevuti a titolo di caparra confirmatoria.

Dopo tali comunicazioni, i promissari acquirenti si erano limitati a chiedere una riduzione del prezzo, che però essa convenuta non aveva concesso: pertanto, in data 23.4.2014 la so-

cietà esponente era receduta definitivamente dal contratto preliminare, richiedendo ai promissari acquirenti di cooperare alla cancellazione della trascrizione del preliminare sotto pena dei danni (qui reclamati in via riconvenzionale).

Ad essa convenuta constava che gli attori avevano fatto pressioni sul Comune di Recco affinché quest'ultimo revocasse il certificato di agibilità, senza conseguire tale obiettivo anche dopo il nuovo sopralluogo nell'immobile del 2.10.2014, in occasione del quale la c.a. aveva solo contestato la presenza di una porta che separava un locale tecnico, porta non presente nel progetto originario ma inserita con il consenso degli stessi promissari acquirenti.

In data 11.12.2014, il Comune di Recco aveva adottato un provvedimento di demolizione di talune minime opere eseguite nel compendio immobiliare, ma questo riguardava solo in limitatissima parte l'immobile per cui è causa. Inoltre, tale provvedimento era stato impugnato dinanzi al Tar Liguria, il quale ne ha sospeso immediatamente l'efficacia esecutiva con ordinanza del 16.4.2015.

Alla prospettata nullità perché non sarebbe stata rilasciata la fideiussione prevista dal d.lgs.122/2005 in materia di immobili da costruire, la società Y replicava che la normativa si riferisce "a immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in una stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità". Tuttavia, nel caso di specie l'immobile era già costruito e, in più, era dotato del certificato di agibilità.

Il procedimento, dopo tali opposte prospettazioni introduttive, ha visto la formulazione — nella fase delle memorie deduttive — di una domanda consequenziale degli attori di riduzione equitativa della misura della caparra. Esso è stato istruito con il licenziamento di CTU (...Omissis...) per verificare natura e consistenza delle irregolarità urbanistico/edilizie contestate dai mancati acquirenti e con l'assunzione di prove testimoniali volte a verificare la disponibilità in capo a questi ultimi della provvista finanziari a occorrente per il saldo del prezzo.

(...Omissis...)

Motivi della decisione

Seguendo un ordine logico diverso dalla scansione delle domande prospettate dalla parte attrice, per la necessaria priorità logica che va accordata alle questioni inerenti la validità del negozio preparatorio non risoltosi poi nella programmata compravendita definitiva, occorre prendere le mosse dalla prospettata nullità del preliminare e successivi Addenda per mancato rilascio delle fideiussioni previste dal D.Lgs.122 del 2005.

Si tratta di deduzioni completamente infondate, sia per la presenza di garanzie del tutto conformi al tipo legale, sia per il fatto che ogni obbligo accessorio previsto dalla normativa speciale a carico del costruttore promittente era venuto meno con il completamento del manufatto e la sua dichiarata, e mai revocata, abitabilità.

Passando ad esaminare i profili problematici di tipo funzionale, in esordio si è dato analitico conto delle opposte prospettazioni delle parti stipulanti — che chiedono entrambe la declaratoria di legittimità del recesso con le connesse statuizioni sulle sorti delle robuste caparre conferite — per la ragione che tale contrapposizione evidenzia in termini "plastici" il fondamentale nodo contentioso. È di tutta evidenza infatti, dalla disamina delle contrapposte pretese e dalle successive acquisizioni istruttorie, che le parti si contestano reciprocamente un inadempimento causativo dell'impossibilità di procedere al perfezionamento

mento del trasferimento definitivo, e questo richiede la verifica dell'inadempimento "prevalente".

Spiega infatti la copiosa giurisprudenza di legittimità formatasi a seguito di analoghe situazioni che (vedi Cass. n. 20614/2009: "Nei contratti con prestazioni corrispettive, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento in caso di inadempienze reciproche, è necessario far luogo ad un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambo le parti, al fine di stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi ed all'oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti, perché l'inadempimento deve essere addebitato esclusivamente a quel contraente che, con il proprio comportamento colpevole prevalente, abbia alterato il nesso di reciprocità che lega le obbligazioni assunte con il contratto, dando causa al giustificato inadempimento dell'altra parte".

L'istruttoria orale svolta ha confermato che il mancato adempimento da parte dei coniugi attori è dipeso dall'indisponibilità del residuo corrispettivo pattuito inizialmente, e poi modificato con il primo Addendum, per mancata erogazione di mutuo bancario: sul punto le deposizioni raccolte sono state univoche e precise con l'indicazione anche delle fonti bancarie presso le quali i promissari avevano cercato udienza per recuperare la provvista finanziaria occorrente per l'acquisto.
(...*Omissis...*)

Nessun dubbio che si tratti di inadempimento "grave": il pagamento, dopo i due Addenda al preliminare iniziale, era l'unica obbligazione a carico dei promissari e la consistenza del debito residuo, nonché la notevole consistenza delle caparre concordate, danno l'idea dell'importanza annessa alla precisa esecuzione dell'obbligo di pagamento.

Più complessa indagine merita l'analisi circa consistenza e gravità dell'inadempimento ascrivibile al venditore/costruttore, per la cui delibazione si è resa necessaria un'articolata indagine peritale (...*Omissis...*), le cui argomentate analisi e conclusioni possono essere assunte a fondamento delle odierne statuzioni perché congruenti con le evidenze documentali e la documentazione amministrativa acquisita.

Ripercorrendo l'iter amministrativo delle pratiche autorizzative relative alla ristrutturazione del casellato, in cui andava a collocarsi l'appartamento su due piani e giardino promesso ai signori X, si ha contezza in primo luogo del rilascio del provvedimento di abitabilità da parte del Comune di Recco il giorno prima della scadenza del termine posto a carico per tale acquisizione alla Società promittente: adempimento di fondamentale importanza, visto che in base al primo Addendum la mancata acquisizione di tale fondamentale documento poteva determinare la risoluzione di diritto del preliminare.

I promissari contestano la legittimità di tale provvedimento sottolineando la presenza di plurime irregolarità tecnico costruttive che ne avrebbero, a loro dire, giustificato la revoca dell'abitabilità, ezi in tal senso hanno sottoposto plurime istanze all'amministrazione recchese: che però non le ha mai assecondate.

Dall'elaborato peritale si ha conferma di una serie di irregolarità costruttive, ma tutte di tipo "minore" e ampiamente sanabili on somme a dir poco insignificanti, rispetto al valore del compendio immobiliare promesso in vendita. Proprio l'insistenza nel richiedere la revoca dell'abitabilità, di contro a quello che dovrebbe essere l'interesse di un acquirente in buona fede, a fronte di inconvenienti di poco momento del manufatto nell'economia generale del rapporto, rivela un tasso di strumentalità che conferma vieppiù i precedenti ri-

lievi sulle reali ragioni della mancata stipulazione definitiva. Aggiungasi che il primo Addendum del 30.7.2013, frutto di un'equilibrata rimodulazione dei contrapposti interessi dopo che entrambe le parti non erano riuscite a rispettare il cronoprogramma del preliminare originario, all'art. 4 non prevedeva il saldo totale del prezzo al momento della stipulazione del contratto definitivo, ma contemplava un'ultima rata di prezzo da 40 mila euro a congrua distanza di tempo da tale momento (un anno dal rogito). Segno evidente che le parti avevano messo in conto, come non infrequente nel caso di cessione di immobili in ristrutturazione, che anche dopo il trasferimento definitivo potessero emergere imperfezioni costruttive che avrebbero trovato su tale saldo la loro naturale "riserva" per tutti i reclami successivi, i quali si assestavano su 11.700 euro a fronte di un prezzo finale concordato in 1.740.000 ed erano quindi di poco superiori ad un quarto della rata finale di prezzo da corrispondere, sulla quale tutte le doglianze di non conformità avrebbero potuto essere soddisfatte senza ritardare la stipula definitiva.

A questo punto, una volta chiarita l'esistenza di inadempimenti imputabili al venditore, ma di consistenza davvero limitata e per nulla irrimediabili, sia dal plinto di vista costruttivo che da quello negoziale grazie all'accorta previsione del saldo finale posticipato rispetto alla stipula definitiva, non è chi non veda che il giudizio di "prevalenza" imposto dalla giurisprudenza richiamata in esordio pende decisamente a sfavore dei promissari acquirenti.

Sulla scorta di tali rilievi, va dunque accolta la domanda ricevuta dalla mancata venditrice e riconosciuta la legittimità del recesso comunicato in data 23.4.2014, con conseguente diritto di trattenere la caparra corrisposta nei termini economici di cui infra; con totale rigetto delle analoghe richieste avanzate dai promissari.

Non ritiene lo scrivente di poter riconoscere ristori ulteriori per l'omessa cancellazione della trascrizione della domanda. Va considerato infatti che le fin troppo sostanziose caparre ricevute erano ampiamente idonee a ristorare tutta la gamma delle possibili disutilità derivanti dal mancato perfezionamento del trasferimento immobiliare: occasioni di rivendita sfumate, minori corrispettivi acquisibili, penalizzazione per la notoria diminuzione dei valori immobiliari; maggiori imposte corrisposte per la perdurante disponibilità di bene non immediatamente cedibile.

In tale ottica, le prove testimoniali sul danno da mancata vendita non sono state assunte per aggiungere una voce di danno ad una liquidazione convenzionale fin troppo significativa, ma unicamente nella prospettiva di valutare se esercitare un potere officioso di riduzione delle caparre a fronte di danni solo virtuali, come richiesto dalle parti attrici in un'apposita subordinata. Le prove assunte in tal senso hanno confermato che il pregiudizio patito non è stato solo accademico, ma neppure catastrofico.

Tuttavia — e ciò si dice in relazione a specifica subordinata consequenziale prospettata dai promissari — ricorre una manifesta sproporzione tra le somme che X 2009 andrebbe a trattenere grazie alle caparre acquisite, rispetto al concreto pregiudizio di cui si è avuta effettiva dimostrazione, se si pensa che la stessa promittente lamenta un danno da mancata rivendita (per la presenza della trascrizione pregiudizievole) di 50 mila euro. Tale contenuto pregiudizio si spiega con il fatto che un immobile di pregio in località rivierasca, con vista mare e articolato su due piani con annesso giardino e box, sia tra le tipologie abitative che hanno meno risentito delle oscillazioni negative del mercato immobiliare.

A fronte di una tale sproporzione tra il trattamento risarcitorio/sanzionario derivante dall'applicazione letterale dell'art. 1385 c.c., ed il concreto pregiudizio che Bianca allega e di fatto riesce a provare, si impone il richiamo a quell'indirizzo giurisprudenziale e dottrinario, certo ancora minoritario ma non per questo poco autorevole i (vedi Corte Costituzionale, ordinanze n. 248/2013 e n. 77/2014, il cui percorso motivazionale ha da intendersi qui richiamato), che ravvisa nei doveri di solidarietà sociale un limite all'autonomia privata, consentendo un vaglio giudiziale di ragionevolezza dell'equilibrio negoziale esteso alla congruità delle caparre. Disamina che, ad avviso di questo giudice, ha da essere ancora più intensa quando — come nella specie — si contrappongano un “professionista” ed un “non professionista”, come pure quando vengano in rilievo beni primari come la disponibilità della casa di abitazione (come nella specie doveva essere l'immobile de quo). Si potrebbe obiettare che caparre così pesanti, come quelle pattuite nel primo Addendum tra la Società Y ed i signori X, si spiegano con i costi di personalizzazione dell'alloggio sostenuti dalla società Y per assecondare i promissari. A ben vedere, però, l'Addendum in questione smentisce l'assunto, perché in tale occasione e sede si sono distinte le sfere di intervento costruttivo integrativo e dunque sono rimasti a carico della società Y i costi che comunque sarebbero stati determinati dalla generica ristrutturazione ed adeguamento di un fabbricato costruito negli anni '60. Da tali considerazioni discende la necessaria rivisitazione equitativa delle caparre negoziate in funzione di un congruo ristoro per i danni patiti, ristoro che va necessariamente ridotto dal 30% del corrispettivo — negoziato nel primo Addendum — alla più pertinente misura del 20% dello stesso: pertanto da euro 375 mila ad euro 250 mila; con necessaria restituzione della maggior somma incamerata dalla Società promittente. (...Omissis...)

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, respinte le domande delle parti attrici ed in parziale accoglimento della riconvenzionale della promittente venditrice, dichiara la legittimità del recesso esercitato dalla Società Y con comunicazione del 23.4.2014 in riferimento al contratto preliminare del 29.2.2012 e relativi Addenda del 30.7.2013 e 31.1.2014. Per l'effetto dichiara il diritto della promittente di trattenere le somme già corrisposte dalle parti attrici per complessivi euro 250.000, in tali termini equitativamente ridotta la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva di euro 375.000.

Condanna la convenuta alla restituzione ai promissari della differenza di euro 125 mila con interessi legali dal deposito della prima memoria 1.3.2016 fino al saldo effettivo.

Ordina al Conservatore dei Registri Immobiliari, al giudicato, la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziaria azionata dai promissari relativamente all'immobile sito in Recco

(...Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. I civ., 13 giugno 2017, n. 1599 – Giudice Unico Ricco – M. e Compagnia naviera (Avv.ti Rossi e Torrazza) c. Capitaneria del Porto di Genova e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

RESPONSABILITÀ amministrativa – errore incolpevole – incertezza dettato normativo – errata soggettiva percezione dell'incertezza interpretativa - assenza atti o circostanze positive - non sussiste.

RESPONSABILITÀ amministrativa – esenzione responsabilità – normativa finalizzata alla tutela dell'ambiente – assenza deroga esplicita - non sussiste.

NAVE - servizio di linea – requisiti.

(Art 4 bis, Direttiva comunitaria 1999/32/CE, come modificato dalla direttiva 2005/33/CE, alla luce dell'entrata in vigore dell'allegato VI alla Convenzione MARPOL; art. 2, punto 3 octies, Direttiva comunitaria 1999/32/CE, come modificata dalla direttiva 2005/33/CE; artt. 295 e 296, comma 6, D.Lgs. 152/2006)

L'errore sulla liceità del fatto esclude la responsabilità solo se incolpevole e, per essere incolpevole, deve trovare causa in un fatto scusabile, situazione questa che se può rinvenirsì in presenza di atti o circostanze positive tali da ingenerare una certa convinzione sul significato della norma, certamente non può essere identificata nella mera asserita incertezza del dettato normativo, specie se causata da un'errata soggettiva percezione dello stesso, trattandosi di condizione sempre superabile, anche mediante una richiesta di informazioni alla p.a., tanto più dove l'ignoranza interessa un operatore professionale, cioè un soggetto nei cui confronti il dovere di conoscenza e di informazione in ordine ai limiti e condizioni del proprio operare è particolarmente intenso, con l'effetto che la sua condotta sotto il profilo considerato, dovrebbe semmai essere valutata con maggior rigore.

L'asserita esistenza di meri dubbi non può esimere da responsabilità, specie alla luce di una normativa interna finalizzata alla tutela dell'ambiente, che prescindendo dalla finalità turistica e/o di trasporto, non prevede, e non potrebbe essere altrimenti, nessuna deroga per le navi da crociera.

Per stabilire se una nave effettua “servizio di linea” occorre fare riferimento alla frequenza ed alla regolarità, in concreto, tenuta dalla nave, ovvero, il numero degli scali di una nave nell'unità di tempo. È la regolarità effettiva a comportare rischi per l'inquinamento

(cfr. sentenza Trib Ge Rg. n. 3807/2016).

(Nel caso di specie si contestava la sanzione elevata dalla Capitaneria di Porto di Genova alla nave (di linea) avente ad oggetto il Tenore massimo di zolfo dei combustibili per uso marittimo utilizzati nelle acque territoriali, nelle zone economiche esclusive e nelle zone di controllo dell'inquinamento degli Stati membri, incluse le aree di controllo delle emissioni di SOx e dalle navi passeggeri che effettuano servizi di linea da o verso porti dell'Unione)

J.MLN.

(...Omissis...)

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

Premesse in fatto

A) Con ricorso, depositato in data 25 marzo 2010, il sig. M. in proprio e la Compagnia naviera, con distinti ricorsi (RG 3601/2010 e 5097/2010), poi riuniti nel presente procedimento, convenivano in giudizio, la Capitaneria di porto di Genova, e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, chiedendo l'annullamento dell'ordinanza ingiuntiva n° 166/2010, emessa, dalla Capitaneria di porto di Genova, in data 12 febbraio 2010 e notificata, rispettivamente, in data 16 febbraio al comandante della nave, battente bandiera panamense e il 29 marzo 2010 alla compagnia naviera, quale obbligata in solido, per la violazione, di cui agli artt. 295 e 296, comma 6, del D.Lgs 152 del 3 aprile 2006.

B) si costituivano in giudizio la Capitaneria di porto di Genova, nonché il Ministero delle infrastrutture e trasporti, chiedendo la conferma della predetta ordinanza ingiunzione, con la quale la Capitaneria determinava la sanzione amministrativa di €. 30.000,00 (trentamila/00), più spese, a carico dei ricorrenti;

C) nel corso della causa, su impulso di parte ricorrente, il Tribunale di Genova, con ordinanza del 20/06/2011, disponeva rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in relazione all'interpretazione dell'art 4 bis della direttiva comunitaria 1999/32/CE, come modificato dalla direttiva 2005/33/CE, alla luce dell'entrata in vigore dell'allegato VI alla Convenzione MARPOL.

In particolare si chiedeva alla Corte:

- 1) se l'articolo 4 bis della direttiva comunitaria 1999/32/CE, come modificato dalla direttiva 2005/33/CE, debba essere interpretato, in ossequio al principio internazionale di buona fede ad al principio di leale collaborazione tra Comunità e Stati membri, nel senso che il limite del 1,5 m/m di zolfo nei carburanti per uso marittimo non si applichi alle navi battenti bandiera di uno Stato non UE, contraente la convenzione Marpol 73/78, allorquando esse si trovano nel porto di uno stato membro, anch'esso contraente l'allegato VI Convenzione Marpol 73/78;
- 2) se il citato articolo (4 bis della direttiva comunitaria 1999/32/CE, come modificato dalla direttiva 2005/33/CE), laddove prevede il limite massimo dell'1,5% del contenuto di zolfo per i carburanti utilizzato da navi passeggeri, che effettuano servizi di linea da o per un porto comunitario, debba essere applicato anche a navi battenti la bandiera di uno Stato non UE, contraenti la convenzione Marpol allegato VI, che prevede, al di fuori delle aree SECA, il limite del 4,5% m/m di zolfo e se tale applicazione sia illegittima, poiché in contrasto con il principio della leale collaborazione tra Comunità e Stati Membri, costringendo gli stati membri, già contraenti Marpol a venir meno agli impegni assunti con gli altri Stati contraenti tale allegato (VI Marpol), oltre che in contrasto con il principio internazionale *pacta sunt servanda*;
- 3) se la nozione di servizio di linea di cui all'art. 2, punto 3 octies della Direttiva comunitaria 1999/32/CE, come modificata dalla direttiva 2005/33/CE debba essere interpretata nel senso di annoverare tra la navi esercenti "servizio di linea", anche le navi da crociera.

In data 23 gennaio 2014 la Corte di Giustizia Europea, depositava sentenza in relazione alle questioni sollevate, tramite rinvio pregiudiziale.

La causa veniva dunque riassunta e assegnata allo scrivente giudice onorario.

Espletata l'istruttoria, con l'escusione dei testi ammessi, la causa veniva rinviata all'udienza di precisazione delle conclusioni e discussione orale.

In data 1 giugno 2017 le parti discutevano la causa.

La stessa veniva rinviata al 13 giugno 2017 per repliche, in ragione della complessità degli argomenti trattati.

Premesse in diritto

L'opposizione è infondata, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo e pertanto va respinta.

A) In punto sussistenza elemento soggettivo si osserva quanto segue

Nella presente causa non può essere utilmente invocato il principio di buona fede, non potendosi ravvisare nella condotta dei ricorrenti, un errore incolpevole.

Dalla giurisprudenza esaminata, risulta che, con riguardo all'elemento psicologico dell'illecito amministrativo, regolato dall'art.3 della legge 689 del 1981, pur venendo ribadito il consolidato e particolarmente rigoroso orientamento della presunzione di colpa, in ordine al fatto vietato, a carico di chi lo ha commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver

agito senza colpa, vi è una significativa apertura, in ordine alla rilevanza dell'*error iuris*.

La Cassazione con la sentenza n 13610/2007 ha, infatti, ritenuto, al pari di quanto avviene in diritto penale, dopo la famosa sentenza n. 354 del 1988, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art 5 c.p., che può essere invocata la buona fede, come causa di esclusione di responsabilità amministrativa, quando sussistano elementi positivi idonei ad ingenerare nell'autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risultati che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso.

L'errore, dunque, esclude la responsabilità, solo se incolpevole. Pertanto, con riferimento alla sussistenza del relativo elemento soggettivo, l'errore sulla liceità del fatto per essere incolpevole, deve trovare causa in un fatto scusabile, situazione questa che se può rinvenirsi in presenza di atti o circostanze positive tali da ingenerare una certa convinzione sul significato della norma, certamente non può essere identificata nella mera asserita incertezza del dettato normativo, specie se causata da un errata soggettiva percezione dello stesso, trattandosi di condizione sempre superabile, anche mediante una richiesta di informazioni alla p.a.

E tanto più dove l'ignoranza interessa un operatore professionale, cioè un soggetto nei cui confronti il dovere di conoscenza e di informazione in ordine ai limiti e condizioni del proprio operare è particolarmente intenso, con l'effetto che la sua condotta sotto il profilo considerato, dovrebbe semmai essere valutata con maggior rigore.

Né rileva, quanto è emerso in sede di discussione, ovvero richiesta da parte ricorrente di sospendere l'applicazione anche in Italia della normativa comunitaria, come è stato fatto in altri paesi europei (Francia e Spagna), sino a quando l'Unione renderà i richiesti chiarimenti, in ossequio al principio di armonizzazione dell'uso del diritto comunitario tra gli Stati.

Ad avviso di questo Giudice la predetta eccezione difensiva non è accoglibile perché nel nostro caso, la normativa comunitaria, con i dovuti accorgimenti, è stata recepita dall'ordinamento italiano e trasfusa nel D.Lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 (Codice ambiente).

Nel caso in esame dunque, l'asserita esistenza di meri dubbi non può esimere da responsabilità, specie alla luce di una normativa interna, come quella in esame, finalizzata alla tutela dell'ambiente, che, come verrà meglio spiegato di seguito, prescindendo dalla finalità turistica e/o di trasporto, non prevede, e non potrebbe essere altrimenti, nessuna deroga per le navi da crociera (sentenza Trib. Ge. n. 3807/2016, Giudice Lucca).

Contrariamente da quanto sostenuto dalla difesa, secondo cui la finalità turistica e/o di trasporto, esimerebbe le navi da crociera dal rispetto dei più restrittivi parametri nazionali e/o comunitari, rispetto a quelli internazionali (allegato VI Convenzione Marpol).

Alla luce di quanto sopra, non può avere alcun rilievo il dubbio di applicazione della normativa, in quanto da essa certo non può discendere la giustificazione della liceità della condotta dei ricorrenti.

Ne deriva, dunque, che l'esimente della "buona fede" assurge a causa di esclusione della responsabilità amministrativa, al pari di quanto avviene in campo penale, solo quando sussistano elementi positivi idonei.

Solo questo evento positivo può, in concreto, indurre l'operatore ad escludere la colpa e convincerlo della regolarità del proprio comportamento.

Dunque solo un comportamento positivo di rassicurazione

da parte della P.A., come ad esempio una richiesta da parte dei ricorrenti di una circolare di interpretazione autentica, avrebbe potuto escludere l'elemento psicologico, nel caso in esame.

Comportamento positivo, di cui non vi è traccia in atti, essendo irrilevante, in quanto non pertinente, il parere della Capitaneria di Porto, prodotto da parte ricorrente, in quanto riferito alla normativa sbarco rifiuti.

E non fondante l'esclusione di responsabilità dei ricorrenti, trattandosi di un atto interno alla P.A., il quesito posto dalla Capitaneria al Ministero Ambiente, in punto applicazione normativa comunitaria (direttiva 1999/32, modificata dalla direttiva CE 2005/33), alle navi da crociera.

Infatti, trattandosi di un atto interno alla P.A., prodromico all'applicazione della normativa, come eccepito dall'Avvocatura, in sede di discussione, non ha influenza sui terzi, né sul momento applicativo della sanzione e come tale, non può essere invocato dagli odierni comparenti, a giustificazione della loro condotta.

Quindi non sussiste, nel caso *de quo* alcun elemento positivo tale da indurre legittimamente e senza colpa l'agente a ritenere la liceità della propria condotta, tanto più che la normativa di cui trattasi, è, comunque, antecedente, alla contestata violazione, di un lustro circa le richiamate direttive europee e di un biennio per quanto riguarda la normativa ambientale nazionale.

Tanto più trattasi di un soggetto qualificato e ci si riferisce, in particolare alla Compagnia naviera, su cui incombe un dovere di diligenza, più importante, rispetto all'uomo comune, e che avrebbe dovuto utilizzare, in ipotesi di difficoltà interpretativa, un principio di precauzione, a beneficio della salute dei cittadini e della salvaguardia dell'ambiente.

Non potendo credersi, che non fossero a quest'ultima noti le problematiche sulle emissioni delle navi, derivanti da un utilizzo di combustibile per uso marittimo ad alto tenore di zolfo e come dette emissioni contribuiscano in maniera considerevole all'inquinamento atmosferico e marino, sotto forma emissioni di anidride solforosa e di particolato.

Dovere di diligenza, peraltro, a cui avrebbe dovuto ispirarsi anche l'odierno opponente, comandante della nave, anche se non sfugge allo scrivente giudice che trattasi di un dipendente della Compagnia naviera e come tale soggetto alle direttive della stessa, che ha continuato a non applicare la normativa, così è emerso in sede di discussione, anche dopo l'impugnata contestazione, preferendo attendere le decisioni degli investiti Tribunali.

La condotta non era, dunque, inevitabile, poiché il rispetto della normativa ambientale nazionale era certamente possibile, solo più oneroso.

È notorio, infatti, che effettuare il bunker in Italia è molto più costoso che in certe altre parti d'Europa, dove è possibile acquistare carburante, certamente a minor prezzo, ma più inquinante.

Non sfugge, comunque, a questo Tribunale il dibattito sull'utilizzo di gas naturale, che porterebbe ad una sensibile riduzione di inquinanti nel trasporto marino, sicuramente in modo più efficace del solo utilizzo di un carburante a basso tenore di zolfo.

Problematiche quest'ultime che, comunque, dovrebbero e forse avrebbero già dovuto trovare soluzioni fuori dalle sedi dei Tribunali.

Comunque, alla luce di quanto sopra e ai fini che siamo chiamati a verificare (violazione delle vigenti norme ambientali) e allo stato dell'arte, nella fattispecie per cui è causa

non può rinvenirsi buona fede nella condotta dei ricorrenti. Dunque, risulta provata la colpa degli stessi.

B) Sulla sussistenza dell'elemento oggettivo

Sotto il profilo oggettivo, si osserva quanto segue.

La sentenza C 537/11 emessa dalla Corte di Giustizia europea, pur fugando ogni dubbio sulle interferenze tra il diritto nazionale e comunitario e la Convenzione Marpol del 1973/78, poiché è evidente che la direttiva CEE 1999/32 e successive modifiche, ben potessero imporre limiti più restrittivi (sentenza Trib. Ge. n. 3807/2016, Giudice Lucca), pur segnando i binari interpretativi, ha demandato allo scrivente giudice la verifica fattuale della frequenza e regolarità delle traversate, effettuate dalla nave Orchestra, al fine di valutarne la riconducibilità al servizio di linea.

A tal proposito, occorre constatare che le diverse navi da crociera, per rientrare nel regime introdotto dall'art 4 bis, paragrafo 4 della direttiva 1999/32/CE, ovvero direttiva CE 2005/33/CE, devono soddisfare il criterio relativo al servizio di linea, previsto dall'art. 2, punto 3 octies, della medesima disposizione, applicabile alle navi passeggeri.

E', infatti, pacifco che le navi da crociera rientrino in quest'ultima categoria di navi.

Anche la Corte ha, infatti, ritenuto che una nave da crociera possa essere classificata come nave passeggeri (punto 18 della motivazione), poiché le finalità di tipo turistico o di mero trasporto dei viaggiatori non sono rilevanti per la direttiva, che definisce il servizio di linea in relazione alle sue caratteristiche oggettive.

Secondo la prima condizione prevista da detta disposizione, una nave passeggeri, quale è la Orchestra, assicura servizi di linea se effettua una serie di traversate in modo da assicurare il collegamento tra gli stessi due o più porti, oppure un viaggio o una serie di serie di viaggi da e verso lo stesso porto, senza scali intermedi.

Una nave da crociera soddisfa dunque tale prima condizione se effettua crociere che si concludono nel porto di partenza delle medesime, senza aver effettuato scali intermedi.

Per determinare se una nave da crociera possa soddisfare anche la prima delle suddette condizioni, in situazioni diverse da quelle menzionate al punto precedente, occorre valutare se si possa ritenere che tali navi effettuino traversate in modo da assicurare il collegamento tra gli stessi due o più porti.

I ricorrenti fanno valere che una nave da crociera, come quella del caso *de quo*, non assicura un collegamento.

Infatti i croceristi non acquisterebbero un pacchetto per essere trasportati da un punto all'altro, ma compirebbero un tale acquisto con un intento turistico più ampio e il servizio fornito si estenderebbe anche alle attività ricreative di tali persone.

Tuttavia una tale interpretazione della nozione di collegamento non può essere accolta.

Infatti, occorre rilevare che le navi da crociera trasportano i passeggeri da un porto all'altro affinché questi possano visitare tali porti e i diversi luoghi situati, in prossimità degli stessi. Poiché il legislatore dell'Unione non ha affatto precisato gli obiettivi, per i quali un trasporto viene effettuato, ne risulta che questi ne sono irrilevanti ai fini dell'art 2, punto 3 octies, della direttiva CE 1999/32 (*rectius* direttiva CE 2005/33).

Una serie di traversate a scopo turistico deve, pertanto, essere considerata come un collegamento, ai sensi di tale disposizione.

Dato che la detta direttiva ha lo scopo di contribuire alla tu-

tela della salute umana e dell'ambiente, riducendo l'emissione di anidride solforosa, incluse quelle prodotte durante i trasporti marittimi, detta inclusione non può essere inficiata dalla circostanza che i passeggeri di una nave da crociera beneficino, durante la traversata, di servizi supplementari, quali la ristorazione e le attività ricreative. D'altronde non è neanche condivisibile quanto sostenuto, in sede di discussione dai ricorrenti, secondo cui una nave, come quella di cui trattasi, non effettua traversate "tra gli stessi due o più porti", poiché da un lato, il porto di partenza coincide con quello di arrivo e, dall'altro, accade spesso che scali previsti nell'itinerario non vengano effettuati, mentre scali non previsti dal medesimo non vengano invece esclusi, in ragione di esigenze turistiche dei passeggeri o di situazione contingenti come attacchi terroristici o altro. In tal senso la testimonianza del sig. F. che ha precisato che *le modifiche alla data di partenza e di arrivo possono cambiare per ragioni geopolitiche o meteorologiche.*

Pertanto, neanche tale difesa può essere accolta, essendo irrilevante, ai fini della tutela ambientale, che i pacchetti turistici da una stagione all'altra o da un anno all'altro possano cambiare, così come gli itinerari.

Per soddisfare il criterio relativo al "collegamento tra gli stessi o due più porti", criterio specifico dell'ipotesi di trasporto con scali intermedi, è necessario che il collegamento effettuato da una nave da crociera colleghi almeno due stessi porti.

Orbene una crociera che colleghi due o più porti deve essere considerata come un'operazione di trasporto tra due stessi (... porti".

Infatti l'elenco dei porti previsti dall'itinerario di ciascuna crociera tipo, contiene necessariamente due porti che non possono essere evitati, vale a dire il porto di partenza e quello di arrivo.

Il trasporto viene così effettuato tra questi due "stessi (... porti, anche quando il trasporto si conclude nel porto di partenza.

Occorre inoltre rilevare che tale interpretazione è confortata dall'obiettivo soggiacente alla direttiva CE 1999/32 e successive modifiche, come ricordato al punto 25 della sentenza di Strasburgo.

Alla luce di quanto sopra, è, dunque, irrilevante, contrariamente da quanto sostenuto dalla difesa, che il porto capo-scalo vari da passeggero a passeggero, dovendosi intendere per porto capo-scalo *il porto di inizio e fine viaggio di crociera*, come spiegato dal teste C.

Infatti, la circostanza che le navi da crociera ritornino o meno nel porto di partenza non è idonea a modificare il tasso delle loro emissioni di anidride solforosa.

In sede di istruttoria è emerso, inoltre, che *la frequenza di una nave da crociera dipende dalle esigenze commerciali dell'armatore.*

Infatti, sia per le navi in servizio di linea che per quelle da crociera, non vi è alcun "obbligo" giuridico di effettuare le traversate, anche con pochi passeggeri a bordo, rientrando nelle valutazioni "commerciali" dell'armatore scegliere se mantenere il servizio o meno, ad esempio in un'ottica di compensazione tra bassa e alta stagione.

Circostanza, peraltro, confermata dal teste C., secondo cui *l'obbligo di mantenere la destinazione vige solo per i traghetti portuali, che ricevono sovvenzioni statali per mantenere questo tipo di servizio.*

Di conseguenza nel caso in cui vi siano scali intermedi, la questione se taluni scali previsti al momento dell'acquisto

del pacchetto non vengano effettuati, mentre vengono effettuati al loro posto altri scali non previsti, è irrilevante con riferimento alla nozione di "collegamento", ai sensi dell'art 2, punto 3 octies, della direttiva CE 1999/32.

Circostanza, peraltro, nota anche al teste P., che ha, infatti, dichiarato che *lo scalo intermedio rappresenta un dettaglio di un intero pacchetto e quindi ha un peso relativo all'interno dello stesso.*

Ne deriva che una crociera che effettui traversate con scali intermedi, che colleghi due porti distinti o si concludano nel porto di partenza, assicura un collegamento tra gli stessi due o più porti, ai sensi di detta disposizione comunitaria.

Ai termini della seconda condizione enunciata dall'art 2, punto 3 octies della direttiva CE 1999/32, che presenta un carattere cumulativo rispetto alla prima, una nave passeggeri deve effettuare una serie di traversate o viaggi in base ad un orario pubblicato oppure con regolarità o frequenza tali da essere equiparabili ad un orario riconoscibile.

Tale condizione è soddisfatta, in particolare, quando una compagnia marittima propone al pubblico un elenco di traversate in mare a bordo di una nave da crociera, con una frequenza determinata, segnatamente dalle capacità di tale compagnia e dalla domanda del pubblico, in date precise, e in linea di principio, a orari di partenza e arrivo precisi e gli interessati possono scegliere liberamente tra le diverse crociere offerte da detta compagnia.

Dall'istruttoria è emerso che anche la nave Orchestra si attiene ad un orario pubblicato, circostanza confermata dal teste Pappalardo, che ha spiegato che sul sito della Compagnia ricorrente *siano visionabili gli orari di arrivo e partenza al porto capo-scalo e con una navigazione ulteriore sia possibile accedere agli orari relativi ai porti intermedi.*

Il comandante B., ha, poi, dichiarato, che è la *pubblicità dell'orario, che garantisce la regolarità e la frequenza del trasporto.* Ed è irrilevante, ai fini che ci occupa, che lo stesso sia soggetto a variazioni, che dipendono da varie circostanze, che possono essere di carattere commerciale o legate alla gestione del traffico portuale. Il teste P., ha altresì menzionato, durante la sua audizione, dell'utilizzo degli slot, ovvero finestre di tempo, tramite cui gli armatori e i terminalisti si accordano per migliorare i tempi di coordinamento del traffico portuale.

Ai fini per cui è causa è, comunque, la *frequenza, in concreto, tenuta dalla nave, ovvero, il numero degli scali di una nave nell'unità di tempo*, come ha spiegato nel corso della sua audizione il teste sig. C., che bisogna prendere in considerazione.

Infatti, è la regolarità effettiva a comportare rischi per l'inquinamento (sentenza Trib. Ge. Rg. n. 3807/2016).

Il teste P. ha dichiarato che la nave per cui è causa scalava nel porto di Genova *minimo una volta alla settimana e concludeva di non ricordare variazioni di orario della nave Orchestra negli anni 2008.*

Circostanza che trova conferma nella documentazione in atti, in particolare nella "lista nave viaggi" del sistema informatico VTS_P.M.I.S 1, tenuto dalla Capitaneria di porto, relativo agli arrivi e alle partenze effettuati da parte della nave da crociera Orchestra, di cui si evince una certa frequenza dei viaggi della nave da crociera, per cui è causa, e una certa regolarità negli orari di partenza e di arrivo degli scali effettuati dalla nave.

A tal proposito il teste C. riferisce, che, *questo tipo di navi sono programmate per l'arrivo nel porto di Genova per le 7.30 del mattino.*

Si può concludere, dunque, con la considerazione che la fre-

quenza e la regolarità della nave Orchestra sono tali da rientrare nei parametri indicati dalla Corte Europea.

Pertanto, alla luce di quanto sopra, questo Tribunale ritiene che sussistano le condizioni per inquadrare il servizio di trasporto passeggeri reso dalla nave Orchestra, nel servizio di linea.

Infine, nel caso in esame non è contestato, che la nave Orchestra, in data 13 luglio 2008 sia entrata nel porto di Genova impiegando un combustibile ad alto tenore di zolfo (OCD ATZ).

La circostanza è poi documentata dalle bollette di carico (OCD) e dalla mancata trascrizione di qualsiasi cambio di combustibile sui registri di bordo.

Da qui la fondatezza della contestazione, circa la violazione degli artt. 295 e 296, comma 6, D.Lgs 152/2006
(...Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. II civ., 14 marzo 2018, n. 763 – Giudice Unico Canepa – X (Avv. Vassallo) c. MIUR (Avvocatura distrettuale dello Stato), e c. Ass. SpA (Avv. Castellano) e c. Comune di Dolceacqua (contumace).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità della scuola - responsabilità presunta - prova del caso fortuito - responsabilità per inadempimento - prova liberatoria ammessa ex art. 1218 c.c. - ammissibilità - attività sportive di minori alla guida di biciclette - responsabilità della scuola - esclusione nel caso di specie.

(Artt. 1218 e 2048 c.c.)

Una scuola, che abbia organizzato una gita in bicicletta, su strada sterata, lungo il corso di un torrente, in caso di caduta di una studentessa, per escludere la propria responsabilità, sia ex art 1218 (responsabilità per inadempimento), sia ex art. 2048 (responsabilità extracontrattuale) deve dimostrare che il fatto dannoso è derivato da un evento non evitabile né prevedibile. (Nella specie il Tribunale ha ritenuto, per l'appunto, che la scuola sia riuscita a fornire la prova del caso fortuito, per cui ha mandato assolti da ogni richiesta di risarcimento tanto l'Istituto quanto i due insegnanti che avevano preso parte alla gita).

A.FONT.

(...Omissis...)

Svolgimento del processo

Con atto di citazione del 24/9/2013, X evocava in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) ed il Comune di Dolceacqua, chiedendo la condanna dei convenuti, in via solidale ovvero ciascuno di essi per quanto di sua spettanza, al risarcimento dei danni in esito all'infortunio, occorso in data 29/9/2005 durante un'escursione extrascolastica. Parte attrice deduceva di frequentare la classe II B nell'anno scolastico 2005/2006 presso la Scuola Media "Y", con sede in Z., e di aver partecipato in data 29/9/2005 ad un'escursione extrascolastica consistente in una "gita a Dolceacqua in bicicletta", che nel corso di tale escursione, lungo la strada d'argine costeggiante il torrente Nervia nel territorio del Comune di Dolceacqua (IM), in corrispondenza del Rio Colmo, cadeva a terra a causa delle precarie condizioni del sedime stradale e veniva trasportata al Pronto Soccorso dell'Ospedale di Bordighera, ove le veniva riscontrato "un trauma chiuso addominale con emoperitoneo da rottura milza".

Rimaneva, nonostante la regolare notifica, contumace il Comune di Dolceacqua.

Si costituiva MIUR contestando la pretesa risarcitoria poiché l'infortunio si sarebbe verificato in modo repentino non imputabile a titolo di inadempimento dell'Istituto scolastico e degli insegnanti, e chiedendo pertanto il rigetto della domanda attorea ovvero in subordine di essere manlevato dalla propria compagnia assicuratrice Carige Assicurazioni s.p.a.

La III chiamata in causa si costituiva, eccependo preliminarmente la nullità dell'atto di citazione ex art. 164 c.p.c. e nel merito contestando la fondatezza della domanda attorea.

La causa veniva istruita con l'ammissione delle prove orali e con la ctu medico-legale, all'esito le parti precisavano le conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

Preliminarmente occorre esaminare la eccezione di nullità dell'atto di citazione svolta dalla parte III chiamata per l'omessa indicazione dei motivi di diritto costituenti le ragioni della domanda, l'eccezione è destituita di fondamento l'atto introduttivo del presente giudizio, confermato dall'istruttoria svolta, indica con chiarezza l'episodio costituente l'infortunio, l'evento causativo del danno, e le responsabilità delle parti convenute, con identificazione della normativa applicabile.

La causa petendi dell'atto introduttivo del presente giudizio è fondata sul titolo di responsabilità di cui all'art. 2048 c.c. avendo parte attrice, per vero molto genericamente, allegato che l'infortunio per cui è causa sarebbe da addebitare all'omessa vigilanza e sorveglianza da parte del personale scolastico, cui sarebbe pertanto causalmente correlato l'evento dannoso.

Quanto al merito, pur non essendo contestato l'effettiva verificazione del fatto storico per cui è causa, e cioè che lo stesso si è appunto verificato in data 29/9/2005 durante un'escursione extrascolastica consistente in una "gita a Dolceacqua in bicicletta", le modalità e ogni altra circostanza sono state invece smentite dall'istruttoria ed è proprio dalle stesse peraltro generiche alegazioni attorsee circa la descrizione dei fatti che non è possibile desumere, ad avviso di chi scrive, alcun addebito di responsabilità in capo all'Amministrazione convenuta.

In effetti, contrariamente a quanto ritenuto dalla difesa attorea, non si ritiene la ricorrenza nella specie dell'ipotesi di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.: appare utile ricordare infatti che, anche di recente, è stato ribadito dalla Suprema Corte il principio pacificamente riconosciuto nella Giurisprudenza della Corte di Cassazione (a partire dalla SS.UU. 27.6.2002, n. 9346) secondo cui la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante, sia di natura contrattuale e precisamente "Nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che - quanto all'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che - quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico - tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si verificato nel corso dello svolgimento del

rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante." (Cfr. Corte Cass., sez. III, 3.3.2010, n. 5067 e 26.4.2010, n. 9906).

Nel caso in esame è stato allegato che lo studente si sia procurato un danno da solo, essendo stato il di lui infortunio addebitato alla caduta dalla bicicletta per sconnessione della strada, parte attrice ha omesso di specificare quali atti, concretamente, abbiano integrato l'illecito e successivamente non ne ha fornito prova, inoltre la caduta della minore dalla bicicletta, integra un evento dannoso imprevedibile ed imprevedibile.

Considerata la natura improvvisa della perdita di controllo della bicicletta e della susseguente caduta è da ritenersi che l'integrità fisica dell'alunna non potesse essere in alcun modo garantita da interventi salvifici in grado di interrompere il decorso degli eventi e impedire la caduta.

Secondo unanime e consolidata giurisprudenza, si ritiene che: "L'Istituto potrà risultare esente da responsabilità, solamente provando che l'evento dannoso è derivato da una causa non imputabile alla scuola o ad un suo docente, essendo riconducibile ad un evento casuale non evitabile ed imprevedibile." (Cassazione civile sez. III 11 febbraio 2005 n. 2839).

Le testimonianze rese riguardano persone che non hanno assistito al momento della caduta, inoltre alla gita partecipavano due insegnati e un padre di un alunno, non solo uno dei due professori è immediatamente intervenuto dopo la caduta ed ha avvisato la madre dell'alunna, in relazione all'infortunio occorso all'alunna, nella descrizione precisa e puntuale dei fatti occorsi è stata fornita la prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto; costituendo il medesimo "caso fortuito" Ecco allora che, dalle stesse impostazioni difensive della difesa attorea, discende la necessità di verificare la sussistenza nel caso in esame non già di un'ipotesi di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. bensì di quella ex art. 2048 c.c., avendo fin d'ora ben presente che anche sul punto, di recente la Suprema Corte ha a chiare lettere riaffermato il principio a mente del quale ai fini della configurabilità di responsabilità a carico della scuola ex art. 2048 c.c. non è sufficiente, per esempio, la sola circostanza di aver fatto svolgere tra gli allievi una gara sportiva, in quanto è necessario che il danno sia conseguenza di un comportamento colposo integrante un fatto illecito, posto in essere da altro studente, impegnato in detta gara ed inoltre che la scuola in relazione alla gravità del caso concreto, risulti non aver predisposto tutte le misure atte ad evitare il danno (Cfr. Corte Cass., sez. III, 28.9.2009, n. 20743).

Se quindi è ben nota la Giurisprudenza formatasi al riguardo secondo la quale, in estrema sintesi, sul danneggiato incombe solo l'onere di provare che l'evento dannoso si è verificato nel tempo in cui era affidato ai maestri/precettori mentre questi ultimi sono liberati da responsabilità per danni cagionati dal fatto illecito dei loro allievi solo se provano di non aver potuto impedire il fatto o se l'evento dannoso è stato determinato da causa a loro non imputabile (Cfr. ex plurimis, anche di recente, Corte Cass., III, 31.3.2007, n. 8067, in Foro It., I, 3468), tuttavia, ritiene l'odierno Giudice che nella fattispecie per cui è causa sia stata assolta la prova liberatoria da parte della convenuta e ciò proprio in relazione alla particolarità con cui si è verificato l'evento dannoso nel caso che ci occupa.

Nel caso in esame, quindi, non è possibile configurare alcun fatto illecito addebitabile al Ministero convenuto né ex art. 1218 c.c., né ex art. 2048 c.c. né, più in generale, ex art. 2043 c.c.

Per l'insieme delle ragioni esposte, si ritiene pertanto che la domanda attorea non meriti accoglimento in punto an debeatur e che pertanto la stessa debba essere rigettata.

Ritiene l'odierno Giudice che nella fattispecie per cui è causa sia stata assolta la prova liberatoria da parte della convenuta e ciò proprio in relazione alla dinamica dell'evento dannoso nel caso che ci occupa.

Dall'istruttoria orale e documentale è infatti emerso con chiarezza che l'accaduto durante la gita scolastica, è avvenuta in maniera improvvisa e imprevedibile, tale da non poter consentire alcun positivo intervento da parte del personale scolastico, da tali testimonianze può pertanto evincersi che nessun addebito di omessa vigilanza può essere mosso all'Istituto scolastico, al di là della circostanza che trattavasi di una gita extrascolastica e dichiaratamente su strada secondaria. Dal documento di autorizzazione, prodotto in causa e sottoscritto dalla madre dell'attrice, W., emerge chiaramente che si trattava di una attività extrascolastica su strada non asfaltata, il modulo di adesione consta di un unico foglio, datato e sottoscritto dal genitore per due volte sia per l'autorizzazione alla partecipazione della gita con le modalità indicate, sia per la autorizzazione a percorrere il tragitto da casa alla scuola, e viceversa, la mattina della stessa con la propria bicicletta, se ne desume che la madre dell'alunna era perfettamente a conoscenza che il percorso sarebbe stato affrontato dai ragazzi con le proprie biciclette e certamente non su strada provinciale asfaltata, notoriamente qualunque strada sterrata, per sua natura, ha il fondo sconnesso ma questo non costituisce un difetto od un vizio della stessa, ma una sua caratteristica. Peraltrò non si evince dalla descrizione dei fatti di parte attrice quali siano state le violazioni del dovere di sorveglianza da parte degli accompagnatori, né l'inadempimento da parte della Scuola Media "Y". La caduta dalla bicicletta in una strada sterrata, fa parte dei normali rischi connessi a tale tipo di attività e in particolare per i ragazzi di quell'età come ha evidenziato il CTU.

L'attività sportiva in bicicletta costituisce, notoriamente, una delle attività sportive preferite dai bambini e dai ragazzi, ma, rispetto agli adulti, il bambino tende ad essere più spericolato, le cadute sono più frequenti e, conseguentemente, l'entità del danno, correlato da tali cadute. La frequenza di questi incidenti è massima tra i 9 e i 15 anni (...) per quanto riguarda gli aspetti propriamente comportamentali/attitudinali, la carenza da parte del guidatore della percezione e del rischio e di un'adeguata destrezza aumentano sensibilmente il rischio di traumi anche gravi".

Non può sostenersi che la scuola potesse prevenire il rischio di cadute, anzi ha predisposto una idonea vigilanza considerato che due professori hanno partecipato all'escursione e altresì un padre di un alunno e ha appositamente fatto sottoscrivere il modulo ai genitori per renderli edotti delle caratteristiche della gita in bicicletta e su strada secondaria non asfaltata.

Ai sensi dell'art. 92 c.p.c., precedente formulazione, in quanto ai sensi dell'art. 13 della nuova Legge n. 162 del 2014 la relativa modifica si applica solamente ai procedimenti introdotti a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla sua entrata 41 vigore, devono essere compensate interamente fra le parti le spese di lite, sussistendo gravi ed eccezionali ragioni, individuabili nell'opinabilità dell'applicazione di principi giurisprudenziali consolidati al caso di specie, in funzione delle sue peculiarità e dell'andamento dell'istruttoria e nell'astratta configurabilità, in relazione alla descrizione dei fatti contenuta in citazione, di una responsabilità della parte convenuta, oltre che nella sicura evenienza lesiva del fatto, nonché nella non raggiunta prova in ordine alla causa dell'evento lesivo, oggetto di incerta ricostruzione probatoria e della imprecisa percezione del fatto percepito dalla parte danneggiata, comunque occasionalmente collegato alla sconnessione e le spese di CTU in conseguenza restano a carico solidale delle parti nella misura liquidata in corso di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale di Genova, definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra istanza, deduzione ed eccezione, così provvede:
 - respinge la domanda della parte attrice X nei confronti delle parti convenute;
 - dichiara interamente compensate fra le parti costituite le spese di lite;
 - pone definitivamente a carico delle parti le spese di CTU nella misura liquidata in corso di causa.
 (...Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. III civ., 15 marzo 2018, n. 774 – Giudice Unico Cannata – Attore c. Convenuti.

SERVITÙ – servitù irregolari – servitù di parcheggio costituita con atto pubblico – inammissibilità – inopponibilità ai terzi – nullità dell’atto - sussiste.

(Artt. 1027, 1028 1031 e 1322 c.c.)

Rientra nel novero delle servitù personali o c.d. irregolari, ed è quindi estraneo al nostro ordinamento, l’istituto della servitù di parcheggio, in quanto difetta il requisito tipico che contraddistingue il diritto di servitù, la realitas, cioè l’inerenza dell’utilità per la quale si costituisce il peso sul fondo servente rispetto al fondo dominante. Non può infatti legittimamente configurarsi alcun diritto di servitù in mancanza dei seguenti requisiti strutturali: altruità della cosa, assolutezza, immediatezza, inerenza al fondo servente, inerenza al fondo dominante, specificità dell’utilità e localizzazione. In assenza di tali requisiti, quindi, dovrà essere accertata e dichiarata la nullità, e quindi l’inopponibilità, di una clausola contenuta in atto pubblico e denominata impropriamente “costituzione di servitù”, esplicando tale clausola effetti meramente obbligatori e non reali (Nel caso di specie era stata costituita una impropriamente detta servitù di parcheggio in cui la comodità, insita nella facoltà di parcheggiare l’auto, andava ad esclusivo vantaggio non del preteso fondo dominante, ma del proprietario medesimo, senza che ciò corrispondesse allo schema di alcun diritto reale).

(Conf.: Cass., n. 16698/2017; Cass., n. 23708/2014; Cass., n. 15334/2012)

A.O.

(...Omissis...)

Motivi della decisione

Parte attrice ha chiesto la pronuncia di nullità e/o inefficacia dell’atto a rogito notaio X i data 20/12/1996 con il quale è stata costituita servitù di parcheggio a carico dei posti auto scoperti distinti all’NCEU del Comune di Genova, sub 2 e 3 di cui è diventato proprietario in virtù di decreto di trasferimento del Tribunale di Genova in data 27/11/2007, nell’ambito di procedura esecutiva, ed in favore degli immobili di proprietà dei convenuti facenti parte del Condominio di via della Y n. 1.

(...Omissis...)

3. Nel merito, parte attrice chiede che venga accertata e dichiarata la nullità o comunque l’inefficacia e l’inopponibilità nei suoi confronti dell’atto costitutivo di servitù di parcheggio di cui al rogito notaio X del 20.12.1996, insistente sui propri fondi (n. 2 posti auto scoperti), stipulato tra i sigg.ri W e Z da una parte e gli odierni convenuti.

È pacifico che parte attrice abbia acquistato il diritto di proprietà sui fondi per cui è causa per effetto del decreti di trasferimento del Tribunale di Genova in data 27.11.2007.

Si pone dunque la questione se sia configurabile un diritto di servitù di parcheggio, avente ad oggetto i due posteggi di proprietà dell’attore.

Per l’orientamento largamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità (ex multis Cass. 06/11/2014, n. 23708; Cass. 13/09/2012, n. 15334; Cass. 07/03/2013, n. 5769; Cass. 22/09/2009, n. 20409; C ss. 21/01/2009, n. 1551; Cass. 28/04/2004, n. 8137; Cass. 22/10/1997, n. 10370), peraltro condiviso da questo Giudice, nel nostro ordinamento non trova cittadinanza l’istituto della servitù di parcheggio, ciò in considerazione del fatto che il parcheggio difetta del requisito tipico che contraddistingue il diritto di servitù, ovverosia la realitas, cioè l’inerenza dell’utilità, per la quale si costituisce il peso sul fondo servente, rispetto al fondo dominante.

Nel caso della (impropriamente detta) servitù di parcheggio, infatti, la comodità insita nella facoltà di parcheggiare l’auto va ad esclusivo vantaggio, non già del fondo preteso dominante, quanto piuttosto del proprietario del medesimo. Nel nostro ordinamento tradizionalmente si ritiene che non possano costituirsi servitù meramente personali, anche dette irregolari, le quali non sono riconducibili, per le anzidette ragioni, allo schema di alcun diritto reale.

Siffatti accordi negoziali hanno, invero, effetti meramente obbligatori tra le parti contraenti, potendo essere di volta in volta ricordati nell’ambito del diritto d’uso, della locazione, dell’affitto o del comodato.

Quale che sia la fatispecie in concreto realizzata, il diritto così costituito ha natura personale dunque si caratterizza per il fatto di non poter essere opposto a terzi, ivi compresi gli eventuali venti causa dei proprietari dei fondi interessati. Resta salva ovviamente la possibilità per questi ultimi di stipulare un apposito accordo in tal senso.

Tanto premesso, si riscontra nella più recente giurisprudenza di legittimità una — al momento isolata — apertura rispetto alla configurabilità in astratto della cd. servitù di parcheggio. Nella sentenza della Corte di Cassazione, sez. II, 6.7.2017, n. 16698, citata da entrambe le parti nelle proprie difese, si ribadisce l’esistenza di un limite alla possibilità di costituire servitù volontarie consistente nella loro tipicità strutturale, mentre i contraenti sarebbero liberi di configura e variamente il contenuto del diritto, in attuazione della loro autonomia negoziale.

Ne consegue che non può legittimamente configurarsi alcun diritto di servitù in mancanza dei seguenti requisiti strutturali: l’altruïta della cosa, l’assolutezza, l’immediatezza, l’inerenza al fondo servente, l’inerenza al fondo dominante, la specificità dell’utilità, la localizzazione.

Quanto al requisito dell’utilità per il fondo dominante, questo viene propriamente individuato nella circostanza che il peso imposto al fondo servente realizzhi il “godimento della proprietà del fondo dominante, secondo la sua destinazione”. Qualora ricorrono tali requisiti, non sarebbe quindi preclusa la configurabilità di una servitù avente ad oggetto il parcheggio, sempre che sia possibile accettare in concreto “l’esistenza di un legame strumentale ed oggettivo, diretto ed immediato, tra il peso imposto al fondo servente ed il godimento del fondo dominante, nella sua concreta destinazione e conformazione, al fine di incrementarne l’utilizzazione, si che l’incremento di utilizzazione deve poter essere conseguito da chiunque sia proprietario del fondo dominante e non essere legato ad una attività personale del soggetto. In questa prospettiva, il carattere della realtà non può essere escluso per il parcheggio dell’auto sul fondo altrui quando tale facoltà sia costruita come vantaggio a favore del fondo, per la sua migliore utilizzazione: è il caso del fondo a destinazione abitativa, il cui utilizzo è ineguabilmente incrementato dalla possi-

bilità, per chi sia proprietario, di parcheggiare l'auto nelle vicinanze dell'abitazione.

Al contrario si versa nell'ipotesi del semplice obbligo personale quando il diritto attribuito sia stato previsto esclusivamente per un vantaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo e senza alcuna funzione di utilità fondiaria. La S.C. precisa ulteriormente che la sussistenza dei suddetti requisiti strutturali "non è peraltro ancora sufficiente a individuare la servitù di parcheggio distinguendola dal diritto personale di godimento, poiché occorre guardare anche al fondo servente, il cui utilizzo non può mai risultare del tutto inibito. Posto, infatti, che la servitù consiste nella conformazione del diritto di proprietà in modo divergente dallo statuto legale, essa non è compatibile con lo svuotamento delle facoltà del proprietario del fondo servente, al quale deve residuare la possibilità di utilizzare il fondo, pur con le restrizioni e limitazioni che discendono dal vantaggio concesso al fondo dominante. Detto in altre parole, l'asservimento del fondo servente deve essere tale da non esaurire ogni risorsa ovvero ogni utile a che il fondo servente può dare e il proprietario deve poter continuare a fare ogni e qualsiasi uso del fondo che non confligga con l'utilitas concessa. Diversamente si è fuori dallo schema tipico della servitù."

Anche a voler ammettere l'astratta configurabilità della servitù di parcheggio, per ritenere il diritto esistente del caso concreto risulta essenziale la dimostrazione dell'esistenza di un forte legame strumenta e tra i fondi, il quale si deve risolvere nella oggettiva e concreta destinazione del fondo gravato ad incrementare l'utilizzazione del fondo dominante. Vi è di più, tale incremento di utilizzazione deve poter essere conseguito da chiunque sia proprietario del fondo dominante.

Orbene, nel caso di specie, i fondi che si pretendono gravati dalla servitù di parcheggio sono due posti auto a fronte di ben ventiquattro fondi (immobili abitativi) dominanti; dall'atto istitutivo della servitù risulta altresì che ai proprietari degli immobili spetti il diritto di posteggiare "in base ad un sorteggio che verrà fatto di anno in anno tra gli aventi diritto" secondo le modalità indicate nel regolamento condominiale; nonché risulta l'attribuzione del diritto di posteggiar anche all'allora comproprietario dei posti auto, W, con le medesime modalità di turnazione edesonero dalle spese per l'utilizzo.

Una tale situazione di fatto, mai contestata dalle parti in causa, è sicuramente incompatibile con il requisito di stretta strumentalità. In un caso quale quello per cui è causa, ove il diritto di posteggiare può essere esercitato solo da alcuni dei proprietari degli immobili costituenti fondi dominanti d in base ad un sorteggio annuale dall'esito del tutto aleatorio, è evidente che l'utilità di posteggiare l'auto non è suscettibile di incrementare l'utilizzazione contestuale di tutti i fondi che si assumono dominanti.

Al contrario, la previsione di un simile diritto va a tutto vantaggio personale dei contraenti, o meglio di quei contraenti che risultino all'esito del sorteggio anno per anno, configurando pertanto un diritto personale di carattere obbligatorio.

Difetta altresì l'ulteriore requisito prescritto dalla S.C. nella menzionata pronuncia, ossia quello della residua utilizzabilità del fondo servente da parte del proprietario dello stesso.

Se si configurasse il diritto di servitù di parcheggio sui fondi acquistati dallo Scotto, il diritto di proprietà dell'odierno attore risulterebbe irrimediabilmente svuotato di contenuto, essendogliene invero inibito qualsivoglia utilizzo. Il proprietario, infatti, non potrebbe né utilizzare personalmente i parcheggi né concederli in locazione a terzi, salvo escludere totalmente i convenuti dalla facoltà di utilizzarli a loro volta.

In altre prole, i posteggi vengono utilizzati dai titolari dell'asse-

rita servitù, ovvero essi vengono utilizzati nel modo meglio ritenuto dal proprietario, ma è certo che l'uso da parte degli uni esclude totalmente la possibilità di utilizzo da parte dell'altro e viceversa.

Ciò risulta dalle stesse affermazioni dei convenuti, che allegano che parte attrice non è mai potuta entrare in possesso dei fondi, proprio in quanto oggetto di utilizzazione da parte degli odierni convenuti, in virtù del preteso diritto di servitù.

Da quanto precede, discende che l'atto di costituzione di servitù impugnato, difettando dei requisiti della realitas e, comunque, comportando l'impossibilità per il proprietario del fondo servente un qualsiasi utilizzo del bene, esula dal contenuto tipico del diritto di servitù e, pertanto, non è idoneo alla costituzione di alcun diritto reale di servitù volontaria sui fondi, tale da poter essere opposto a terzi estranei ovvero agli aventi causa dei beni quale è l'attore in virtù del decreto del Tribunale che gli ha trasferito la proprietà dei fondi de quibus. Tale atto può al più integrare un contratto con effetti meramente obbligatori tra gli originari contraenti, ossia i sigg.ri W e Z ed i proprietari pro tempore degli immobili siti al civico 1 di via della Y ivi indicati. Alla luce di tutto quanto precede, si accerta e dichiara la nullità e quindi l'inopponibilità nei confronti dell'odierno attore della clausola intitolata "Punto secondo. Costituzione di servitù" contenuta nell'atto a rogito Notaio X del 20.12.1996, esplicando tale accordo effetti solo inter partes.

4. I convenuti hanno eccepito l'intervenuto acquisto per usucapione del diritto di proprietà dei beni o, in subordine, del diritto di servitù ai sensi dell'art. 1159 c.c.

L'eccezione è infondata non ricorrendo i presupposti per l'usucapione decennale del preteso diritto di servitù né tanto meno del diritto di proprietà.

In primo luogo si osserva che il termine di dieci anni utile all'acquisto a non domino dedotto dai convenuti decorrerebbe solo dal momento del trasferimento del diritto di proprietà dei fondi in capo all'attore, per effetto del decreto del Tribunale di Genova in data 27.11.2007, con la conseguenza che alla data di proposizione dell'azione, nel dicembre 2016, il suddetto termine non era ancora spirato.

In secondo luogo, in base ai principi sopra esposti non può essere riconosciuto un possesso utile ad usucapire la servitù di parcheggio.

Quanto all'eccepita usucapione del diritto di proprietà dei fondi in contestazione si osserva, inoltre, che non sussiste alcun titolo idoneo al trasferimento della proprietà dei suddetti fondi, essendo assoluta ente pacifico che l'accordo intervenuto nel 1996 avesse ad oggetto la costituzione di una servitù i parcheggi sui fondi de quibus e non il trasferimento del diritto di proprietà dei beni medesimi, né è allegato alcun atto di interversione del possesso.

I convenuti, pertanto, devono essere condannati al rilascio dei posti auto in oggetto, costituendo il rilascio l'unico provvedimento idoneo a consentire il godimento esclusivo da parte del proprietario.

(...*Omissis...*)

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, istanza e eccezione disattesa:

- accerta e dichiara la nullità dell'atto a rogito Notaio X del 20.12.1996 nella parte in cui costituisce la servitù di parcheggio sui posti auto scoperti e, conseguentemente, la sua natura obbligatoria e l'inopponibilità nei confronti dell'attore.

(...*Omissis...*)

Massime

Tribunale di Genova, sez. I civ., decr. 17 dicembre 2015
– Giudice Unico Pellegrini.

AMMINISTRATORE di sostegno – nomina di un coamministratore – ammissibilità – presupposti – sussistono nel caso di specie.

(Art. 405 c.c.)

In particolari circostanze è ammmissible la nomina di un coamministratore in affiancamento all'amministratore (cfr. Trib Modena, decreto del Giudice Tutelare del 24/10/05; Trib. Trieste, decreto del Giudice Tutelare del 14/01/2008; Trib. Varese, decreto del Giudice Tutelare del 26/05/2010; Trib. Modena, decreto del Giudice Tutelare del 16/06/2014; Giudice Tutelare di Genova, 10/10/2006; Corte d'Appello di Genova, decreto Vg.n. 834/2011; Giudice Tutelare di Genova, decreto Vg.n. 1160/2012; art. 19 del Progetto di Legge in discussione presso Camera dei Deputati – PdL 1985 presentato il 24/01/2014).

Nella specie si ritiene che la presenza di due figure di amministrazione di sostegno (entrambi i genitori) sia da favorire, atteso che l'assenza di un coamministratore potrebbe rivelarsi dannosa. Infatti, dovendo l'amministratore di sostegno coadiuvare e seguire il progetto di vita del beneficiario, garantendogli lo stesso patrimonio affettivo e di relazioni goduto da minore, ne deriva che la nomina di entrambi i genitori quali co-amministratori di sostegno, può garantire la prosecuzione nella cura del suo progetto di vita. Pertanto è opportuno differenziare i poteri conferiti a ciascun genitore per garantire un'autonomia operativa, individuando, nella madre l'amministratore di sostegno quanto alla cura della persona e nel padre, l'amministratore di sostegno quanto alla cura della gestione del patrimonio. Inoltre, nell'interesse del beneficiario, nei casi di impedimento di uno dei genitori, l'altro può svolgere anche le attività del coamministratore, con la firma disgiunta mentre per gli atti di straordinaria amministrazione, ci deve essere l'iniziativa congiunta di entrambi i coamministratori ma previa autorizzazione del Giudice tutelare.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 12 ottobre 2017, n. 2577 – Giudice Unico Bozzo Costa – A (Avv.ti Buffa) c. B (Avv. Andrianopoli).

APPALTO - eccezione di inadempimento - valutazione comparativa degli interessi delle parti - necessità.

Ove venga proposta eccezione di inadempimento del contratto di appalto, il Giudice deve procedere ad una valutazione comparativa degli opposti adempimenti avuto riguardo alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse.

C.BRU.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 8 febbraio 2018 – Giudice Unico Parentini – X (Avv. Quercioli) c. Y (Avv. Barroso).

APPALTO - eccezione di inadempimento - tardività nella denuncia dei vizi dell'opera - decadenza.

(Artt. 1341, 1655, 1670 c.c.)

In seguito al verificarsi di pagamento solo parziale di singole partite dovute all'esecuzione di un contratto di appalto, il debitore non può opporre eccezione di inadempimento perché generica, soprattutto se in precedenza non aveva mai denunciato difetti e vizi dell'opera, essendo decaduto dal termine di cui all'art. 1670 c.c. Inoltre sono nulle tutte le clausole vessatorie ex art. 1341 c.c. arbitrariamente inserite nel contratto da una delle parti senza il consenso dell'altra.

E.B.

Tribunale di Genova, 15 marzo 2018, Giudice Unico Giordano – P. (Avv. Della Valle) c. C. (Avv. Sabbadini) e c. P. (Avv. Califano).

APPALTO - risoluzione contrattuale per inadempimento - vizi - restituzioni prestazioni.

Va dichiarata la risoluzione contrattuale per inadempimento, con conseguente obbligo di restituzione delle prestazioni già eseguite, atteso che l'appaltatore è responsabile della propria organizzazione lavorativa e deve essere in grado di far fronte agli impegni contrattuali che assume anche se fra loro concomitanti e con la stessa controparte contrattuale.

Il deteriorarsi dei rapporti fra le parti, inoltre, non consente all'appaltatore di desistere dall'esecuzione del contratto per cui è causa, non essendo prevista la possibilità per lo stesso di recedere dal contratto per il venir meno dei rapporti di fiducia fra le parti.

SE.F.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 febbraio 2017, n. 336 – Giudice Unico Ferrari – G. (Avv.ti F. Misurale e M. Tamagno) c. V. (Avv. A. Segalerba).

COMODATO di immobile - termine di riconsegna - mancata previsione - impossibilità di desumerlo aliunde - configurabilità del cd. "precario".

(Art. 1810 c.c.)

In mancanza di elementi certi ed oggettivi che consentano di stabilire la durata, l'uso corrispondente alla destinazione abitativa di un immobile non consente di desumere un termine del comodato che, pertanto, deve intendersi a tempo indeterminato e revocabile ad nutum.

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 9 marzo 2017, n. 681 – Giudice Unico Bellingeri – P. (Avv.ti Baghino e Colonnello) c. C. (Avv. Cerruti).

COMUNIONE e condominio - verbale di assemblea - requisiti - mancanza - conseguenze.

(Artt. 1137 e 2697, co. 2, c.c.)

Nel verbale di assemblea devono essere indicate analiticamente le presenze dei condomini, sia personali che con delega e per ogni punto deliberato devono essere indicate le relative maggioranze. In mancanza, la delibera è affetta da invalidità.

F.A.D.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 18 ottobre 2017, n. 8846 - Giudice Unico Fioravanti – A c. B.

COMUNIONE e condominio – delibera assembleare – sospensione dell'esecutività – ammissibilità – limiti.

(Artt. 1137, 2378 c.c.)

La compagine condominiale è assimilabile quanto al procedimento formativo delle statuzioni alle società, con applicazione alla materia condominiale, per analogia, delle norme in ambito societario sul punto. La limitazione dei casi di sospensione dell'esecutività delle delibere condominali ai soli casi di pregiudizio imminente ed irreparabile riduce sensibilmente i casi di sospensione delle delibere, aventi per lo più contenuto economico. Ai fini della sospensione della delibera condominiale è necessario pertanto valutare la sussistenza del fumus bonis iuris e del presupposto di cui all'art. 2378 cc, ovvero la valutazione del pregiudizio che subirebbe il condominio dall'esecuzione da quelle che subirebbe il condominio dalla sospensione.

C.BRU.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 25 gennaio 2018, n. 307 – Giudice Unico Bellingeri – I. & D. S.p.A. (Avv. Corrado) c. Condominio (Avv. Toso).

COMUNIONE e condominio – impugnazione delibera – termini – onere della prova.

COMUNIONE e condominio – regolamento condominiale contrattuale – modifica tabelle millesimali – unanimità.

(Artt. 2697 – 1123 – 1136 – 1138 c.c.)

In caso di eccezione di tardività dell'impugnazione di delibera assembleare, l'onere della prova sulla data di comunicazione del verbale impugnato grava sulla parte che propone tale eccezione. In difetto il Giudice, non potendo verificare la tardività dell'impugnazione, non potrà accogliere l'eccezione.

In materia di modifica delle tabelle millesimali, l'assemblea deve deliberare all'unanimità dei condomini a pena di nullità della delibera assunta in quanto illegittima per violazione dei criteri di ripartizione delle spese ex lege ed anche in violazione del Regolamento di condominio avente natura contrattuale. Quest'ultimo, integrando gli atti di acquisto degli immobili in forza di espressi richiami o comunque ponendo in essere pattuizioni, vincola i condomini, quali contraenti, sul piano contrattuale. Per cui le tabelle millesimali indicate nel Regolamento di condominio non possono essere modificate se non con l'unanimità dei condomini.

(In senso conforme: Cass., n. 16321/2016; Cass., n. 6714/2010; Cass., n. 1314/2004; Cass., n. 21472/2016)

F.A.D.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 5 febbraio 2018, n. 408 – Giudice Unico Bellingeri – Condominio (Avv.ti Nasini) c. Comunione (Avv. Braghero).

COMUNIONE e condominio – legittimazione processuale dell'amministratore – necessità.

(Artt. 1130 – 1131, co. 2 e 3, c.c.)

L'amministratore di condominio, al fine di poter rappresentare i condomini in giudizio, deve essere autorizzato da delibera assembleare o ottenere la ratifica dall'assemblea a pena di inammissibilità della costituzione in giudizio. L'amministratore di condominio non è titolare di una legittimazione processuale illi-

mitata: può costituirsi in giudizio e impugnare una sentenza sfavorevole senza la preventiva autorizzazione dell'assemblea, ma deve ottenere la necessaria ratifica del suo operato da parte dell'assemblea stessa salvo quanto disposto dall'art. 1131, co 2 e 3, c.c. In caso di mancata autorizzazione preventiva dell'assemblea e di mancata ratifica con conseguente inammissibilità dell'azione del condominio, le spese seguono la socombenza.

(In senso conforme: Cass., sez. un., n. 18331/2010; Cass., n. 1451/2014; Cass., n. 10865/2016)

F.A.D.

Tribunale di Genova, 15 febbraio 2018, n. 500 - Giudice Unico Gandolfo – C. (Avv. Spagliardi) c. Cond. (Avv. Mereu).

COMUNIONE e condominio - costi fissi di consumo impianto riscaldamento – regolamento condominiale - ripartizione - criteri.

(Artt. 1123 e 1137 e 1138 c.c.)

La ripartizione della spesa dei consumi va fatta in base alla cubatura degli ambienti riscaldati, ove il termine riscaldati va riferito ai locali che almeno virtualmente siano serviti dall'impianto di riscaldamento centralizzato, irrilevante restando che un appartamento traggia beneficio dal riscaldamento delle altre unità abitative. (Nel caso di specie la norma regolamentare non ha previsto che le spese per i consumi siano a carico delle unità immobiliare che non usufruiscono (e non possono usufruire) del servizio, diversamente dalle spese di conservazione dell'impianto che restano a carico di tutti i condomini comproprietari dell'impianto medesimo.

T.BLE.

Corte d'Appello di Genova, 6 luglio 2018 – Est. Zuccolini.

CONCORDATO preventivo – continuità aziendale – liquidazione di tutti i cespiti mobiliari e immobiliari che non risultino strettamente necessari e funzionali all'esercizio dell'impresa.

CONTINUITÀ indiretta – cessione dell'azienda sia preceduta dall'affitto c.d. ponte.

Nel concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis l. fall., la prosecuzione dell'attività caratteristica può tollerare anche la liquidazione di tutti i cespiti mobiliari e immobiliari che non risultino strettamente necessari e funzionali all'esercizio dell'impresa, essendo evidente ratio della norma "quella di favorire, per quanto possibile, soluzioni concordatarie non esclusivamente liquidatorie e che non abbiano quale risultato unico quello della progressiva "desertificazione" del tessuto produttivo, imprenditoriale ed occupazionale del paese".

Il concordato con continuità aziendale non è escluso dal fatto che si tratti di una c.d. continuità indiretta continuità indiretta né dal fatto che la cessione dell'azienda sia preceduta dall'affitto c.d. ponte in quanto spetta al tribunale verificare che la conservazione della realtà aziendale operativa non sia del tutto marginale ovvero meramente di facciata.

Si è pertanto indubbiamente in presenza di un concordato in continuità, ovverosia di un concordato che oggettivamente consente la prosecuzione dell'attività d'impresa attraverso il conferimento dell'azienda in esercizio alla newco, qualora la prosecuzione, anche alla stregua degli elementi di valutazione forniti dai commissari giudiziari, non risulti affatto di mera facciata o artificiosamente creata.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 2 febbraio 2017, n. 328 – Giudice Unico Gabriel – F. S.r.l. (Avv.ti Piccardi e Ciccone) c. C. S.r.l. (Avv.ti Napolitano e Ventimiglia).

CONTRATTO in genere – affitto d'azienda – immobile locato – trasferimento dell'azienda – successione automatica nel contratto – esclusione.

In caso di affitto di azienda di un'attività svolta in un immobile condotto in locazione non si produce l'automatica successione nel contratto di locazione dell'immobile, quale effetto necessario del trasferimento dell'azienda. La successione è soltanto eventuale e richiede la conclusione di un apposito negozio volto a porre in essere la sublocazione o la cessione del contratto di locazione, che può presumersi fino a prova contraria, alla stregua dei principi di cui all'art. 2558, comma 3, c.c.

E.C.

I

Tribunale di Genova, sez. II civ., 24 febbraio 2015 – Giudice Unico D'arrigo – T. (Avv. Bennati) c. P. (Avv. Piccini) e c. Comune di Genova (Avv. Carassale).

DANNI in materia civile – nesso di causalità – mancata prova del caso fortuito – diritto al risarcimento - sussiste.

(Artt. 2043, 2051, 2697 c.c.)

Al ricorrere dei presupposti per l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. il danneggiato è esonerato dalla prova del solo elemento soggettivo della colpa del custode, e non anche del nesso di causalità, che invece deve essere fornita. Allorché tale onere venga assolto, incombe su parte convenuta dimostrare il caso fortuito ai fini della liberazione dall'obbligazione risarcitoria. (Nel caso di specie i danni dovuti alla risalita delle acque fognarie sono stati ricondotti alla mancata chiusura stagna del pozetto di ispezione condominiale, e non è stata fornita la prova né del caso fortuito, né di una responsabilità del Comune di Genova quale ente gestore delle fognature).

II

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 13 giugno 2018, n. 940 - Rel. Albino – P. (Avv. Paiuzza) c. T. (Avv. Bennati) e c. Comune di Genova (Avv. Carassale).

COMUNIONE e condominio – sentenza pronunciata nei confronti del Condominio - legittimazione attiva all'impugnazione del singolo condomino – ammissibilità.

In tema di condominio, sussiste la legittimazione attiva all'impugnazione di un provvedimento sfavorevole anche in capo ai singoli condomini: configurandosi il condominio come un ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei singoli condomini, l'esistenza di un organo rappresentativo unitario, quale l'amministratore, non priva infatti i singoli partecipanti della facoltà di agire a difesa dei diritti esclusivi e comuni inerenti all'edificio condominiale. Non sussistono impedimenti, pertanto, a che i singoli condomini non solo intervengano nel giudizio in cui tale difesa sia stata assunta dall'amministratore, ma anche si avvalgano, in via autonoma, dei mezzi di impugnazione per evitare gli effetti sfavorevoli della sentenza pronunciata nei confronti del condominio rappresentato dall'amministratore, non spiegando influenza alcuna, in contrario, la circostanza della mancata impugnazione di tale sentenza da parte dell'amministratore.

(Conformi: Cass., n. 10717/2012; Cass., n. 12588/2002)

A.O.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 22 febbraio 2018 – Giudice Unico Gandolfo – X (Avv. Cichero) c. Y (Avv. Rossi).

DANNI in materia civile – stillicidio – risarcimento del danno – rimozione o sostituzione vasi da fiori su balconata sovrastante – adozione di idonei accorgimenti.

(Artt. 844 e 908 c.c.)

Nell'ambito del giudizio instaurato a seguito di danni causati dallo stillicidio di acqua sporca, mista a terra, proveniente dai vasi da fiori dell'appartamento sovrastante andrà analizzato con l'esperimento di apposita CTU il danno occorso, al fine di determinare, oltre al nesso di causalità, anche l'adeguata coerenza con la condotta del danneggiante, differendola dagli eventi atmosferici in grado di determinare il deterioramento della superficie. Il danneggiante è condannato, oltreché a risarcire il danno, anche a rimuovere la causa che lo ha provocato, non potendo estendersi lo stesso risarcimento anche al danno provocato dagli agenti atmosferici. Non può invece essere accolta la richiesta risarcitoria per il mancato utilizzo del balcone poiché necessaria un'adeguata evidenza probatoria.

E.B.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 13 marzo 2018, n. 755 – Giudice Unico Zampieri – S. (Avv. Quenti) c. B. (Avv. Gammarota).

ESECUZIONE forzata in genere – recupero spese legali liquidate con sentenza – oneri accessori – IVA – opposizione a precezzo – motivo – detraibilità IVA per l'opposto – esecuzione della prestazione a titolo di cortesia – esclusione detraibilità – rigetto dell'opposizione.

(Artt. 615 e 91 c.p.c. - Art. 18 D.P.R. n. 633/1972)

La sentenza di condanna della parte soccombente al pagamento delle spese processuali in favore della parte vittoriosa costituisce titolo esecutivo, pur in difetto di un'espressa domanda e di una specifica pronuncia, anche per conseguire il rimborso dell'IVA, trattandosi di un onere accessorio che, in via generale, consegue al pagamento degli onorari al difensore.

La parte soccombente può contestare sul punto il titolo esecutivo con opposizione a precezzo o all'esecuzione al fine di far valere eventuali circostanze che, ai sensi del DPR 633 del 1972, possono escludere l'esigibilità dell'IVA.

Non sussistono i presupposti per portare in detrazione l'IVA da parte dell'opposto non avendo questi ricevuto un formale incarico e avendo agito quale privato, a mero titolo di cortesia, nei confronti dell'opponente.

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 2 marzo 2018, n. 642 – Giudice Unico Spera – B. S.r.l. (Avv. Barra Caracciolo) c. L. S.a.s. (contumace).

FORNITURA – risoluzione del contratto – presupposti – obbligo di restituzione dei beni – sussiste.

In caso di inadempimento, si ha la risoluzione di diritto del contratto di fornitura allorché il mancato pagamento di una o più rate ecceda di 1/8 il prezzo dovuto (così Cass. n. 826/2015). Poiché la fornitura è effettuata con riserva della proprietà, ne deriva che, permanendo la proprietà dei bei forniti, sorge in capo alla parte attrice il diritto alla restituzione dei beni oggetto di fornitura.

MA.GRI.

Tribunale della Spezia, sez. lav., 8 maggio 2017 – Giudice Panico – X (Avv. Filippo) c. M. Cooperativa Sociale (Avv. Robotti).

LAVORO – licenziamento – esclusione dalla compagnie sociale – impugnazione del solo licenziamento – mancata impugnativa della delibera di esclusione – contestazione della illegittimità del licenziamento – esclusione.

(Art. 2533, comma 4, c.c.; art 6, L. 604/1996; Art. 2, L. 142/2001; Art. 18, L. 300/1970; L. 142/2001)

Se, in caso di licenziamento di un socio lavoratore, a cui è seguita la delibera di esclusione dalla compagnie sociale, il socio lavoratore stesso impugna esclusivamente il licenziamento e omette però di impugnare anche la delibera di esclusione nel termine di sessanta giorni, non può successivamente contestare l'illegittimità del licenziamento né ripristinare il rapporto di lavoro, essendogli preclusa la contestazione, anche in via eccezionale, dell'esclusione dalla compagnie assembleare.

(Cass., n. 3836/2016; Cass., n. 63/2016)

E.B.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 1 febbraio 2017, n. 303 – Giudice Unico Gabriel – V. (Avv. Bottaro) c. S. (contumaci).

LOCAZIONE – recesso – decorrenza.

(Art. 2, co. 3, l. n. 431/1998)

Il recesso di parte conduttrice ha effetto dalla data nella quale viene comunicato a parte locatrice. L'obbligo del pagamento dei canoni di locazione viene meno per i conduttori che non abbiano prontamente liberato l'immobile alla data del recesso. In quest'ultima ipotesi i canoni sono dovuti fino alla data dell'effettivo sgombero, momento nel quale parte locatrice può rientrare nel pieno possesso dell'immobile.
(Conforme Cass. civ. 2452/1982)

F.A.D.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 18 marzo 2018, n. 1028 – Giudice Unico Ferrari – M. (Avv. Venturi) c. M. (Avv. Prete).

LOCAZIONE – vizi cosa locata - mancato pagamento canoni – gravità inadempimento - risoluzione del contrattuale per inadempimento.

In presenza di vizi dell'immobile locato, qualora parte conduttrice abbia continuato a godere del bene, non è legittima da parte sua la sospensione del pagamento del canone, “perché tale comportamento non sarebbe proporzionale all'inadempimento del locatore” (Cass., n. 8425/06; Cass., n. 3341/01), e nemmeno l'autoriduzione perché “costituisce fatto arbitrario ed illegittimo del conduttore, che provoca il venir meno dell'equilibrio sinallagmatico del negozio, anche nell'ipotesi in cui detta autoriduzione sia stata effettuata dal conduttore in riferimento al canone dovuto a norma dell'art. 1578, primo comma, c.c., per ripristinare l'equilibrio del contratto, turbato dall'inadempimento del locatore e consistente nei vizi della cosa locata. Tale norma, infatti, non dà facoltà al conduttore di operare detta autoriduzione ma solo a domandare la risoluzione del contratto o una riduzione del corrispettivo, essendo devoluto al potere del giudice di valutare l'importanza dello squilibrio tra le prestazioni dei contraenti” (Cass., n. 10639/2012). In caso di mancato pagamento dei canoni di locazione deve dichiararsi la risoluzione del contratto di locazione per grave inadempimento.

SE.F.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 28 febbraio 2017, n. 608 – Giudice Unico Bellingeri – M. (Avv. Ferrara) c. Cond. (Avv. Torsegno).

PROCEDIMENTO civile – spese straordinarie – impugnazione di delibere assembleari – ripartizione – lastrico solare – principio di verticalità – regolamento condominiale di natura contrattuale – clausola modificativa criterio legale ripartizione delle spese – legittimità.

(Artt. 1123 e 1126 c.c.; art. 653 c.p.c.)

La clausola modificativa del criterio legale di ripartizione delle spese contenuta (all'interno) del regolamento condominiale di (origine contrattuale) appare pienamente opponibile ai successivi acquirenti in quanto richiamato nel primo atto di acquisto, regolarmente trascritto.

T.BLE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 13 novembre 2017, n. 2930 - Giudice Unico Canepa – A c. B.

PROCEDIMENTO civile - CTU - rinnovo integrale - istanza generica – esclusione.

La ctu non è integralmente rinnovabile quando l'istanza è generica e il ctu ha già risposto alle critiche in sede di relazione.

C.BRU.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 28 marzo 2018 – Pres. Maistrello – Rel. Baudinelli, G. (Avv.ti Venè e Pianti) c. Y. (Avv. De Gregori).

PROVA – prova testimoniale – atto notarile di acquisto di immobile – efficacia probatoria della dichiarazione di quietanza indirizzata al solvens — inammissibilità.

(Artt. 2721, 2722, 2723, 2724 c.c.)

Non è ammessa la prova testimoniale per contrastare la validità di un contratto di compravendita immobiliare stipulato per atto pubblico notarile qualora il solvens, a seguito di quietanza scritta in atto notarile da parte dell'accipiens dell'avvenuta ricezione del prezzo di acquisto di un immobile, decida di modificare il metodo di pagamento, ritirando il precedente, ma non disponendone di fatto uno nuovo.

(Cass., n. 4014/1978; Cass., n. 732/1982; Cass., sez. un., n. 19888/2014)

E.B.

Tribunale di Savona, 9 agosto 2017 – Giudice Unico Principiotta – E. (Avv.ti Ramò) c. Provincia di Savona (Avv. Negro).

RESPONSABILITÀ civile – cose in custodia – beni demaniali – strade – incidente stradale – responsabilità – prova liberatoria – necessità – esclusione nel caso di specie.

(Art. 2051 c.c.)

L'ente proprietario della strada è responsabile ai sensi dell'art. 2051 c.c. risultando provata l'assenza di cautele indonee a garantire la sicurezza degli utenti ed ad evitare l'insorgenza di situazioni di pericolo, mediante una tempestiva rimozione della macchia oleosa che era presente sul manto stradale bagnato già dalle prime ore del pomeriggio laddove il sinistro è avvenuto alle

ore 19 come da dichiarazioni allegate all'anzi accennata relazione della polizia stradale.

La responsabilità per i danni dalle cose in custodia di cui all'art. 2051 c.c. opera anche per la P.A. in relazione ai beni demaniali, con riguardo tuttavia, alla causa concreta del danno rimanendo l'amministrazione liberata dalla responsabilità suddetta dove dimostri che l'evento sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi non riconoscibili né eliminabili con immediatezza neppure con la più diligente attività di manutenzione ovvero da una situazione (nella specie una macchia d'olio presente nella pavimentazione stradale che aveva provocato il sinistro stradale) la quale che imponga di qualificare come fortuito il fattore di pericolo avendo esso esplicato la sua potenzialità offensiva prima che fosse ragionevolmente esigibile l'intervento riparatore del custode) (Cass. n. 7805/2017).

T.BLE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 3 marzo 2017, n. 647 – Giudice Unico Albino – F. (Avv. Marino) c. Comune di Genova (Avv. Soave).

RESPONSABILITÀ civile – cose in custodia – impianto fognario – opera pubblica – esclusione – responsabilità della P.A. – non sussiste – competenza del Giudice ordinario – sussiste.

(Artt. 2043 e 2051 c.c., R.D. n. 1775 del 1933)

Il Giudice è tenuto all'individuazione del contenuto e della portata delle domande sottoposte alla sua cognizione ad aver riguardo al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere come desumibile dalla natura delle vicende dedotte e rappresentate dalla parte istante dovendo andare oltre alla prospettazione letterale della pretesa e ricercare l'effettivo suo contenuto sostanziale e, nella specie, la domanda deve inquadrarsi nell'ambito dell'art. 2051 c.c. laddove è fatto riferimento ai danni derivanti dalla grave carenza strutturale dell'impianto fognario e dalla dedotta "conclamata responsabilità dell'amministrazione comunale deputata alla manutenzione dei corsi d'acqua che attraverso il sottosuolo il cittadino e la rete fognaria", mentre deve inquadrarsi nell'ambito del 2043 c.c. il danno più strettamente ricollegabile all'omessa pulizia dei torrenti e rivi da cui furono estratti detriti di ogni genere.

La P.A. nell'esercizio del suo potere discrezionale in ordine all'esecuzione ed alla manutenzione delle opere pubbliche nonché nella vigilanza e controllo in genere dei beni demaniali incontra i limiti derivanti dalle norme siano esse di legge o regolamentari nonché dalle regole tecniche e da quelle di comune prudenza e diligenza, ed quindi, in primis dal canone fondamentale e primario del neminem laedere. Conseguo che la responsabilità della PA può essere affermata sempre che si dimostri da un lato l'esistenza di un nesso di causalità tra l'opera pubblica o il modo in cui la stessa è stata realizzata e dall'altro la violazione da parte dell'amministrazione nella realizzazione dell'opera di precise norme di legge o anche tecniche o di comune prudenza.

L'impianto fognario non può qualificarsi come opera pubblica idraulica non rientrando le acque convogliate nelle fognature urbane nel novero delle acque pubbliche elencate all'art. 1 r.d. n. 1775/1933 (Cass. 4842/93, Cass. 6188/84, Cass. 1857/75, Cass. 14883/12). Di conseguenza, in assenza di qualificabilità delle acque come pubbliche, essendo le stesse destinate a mero smaltimento e non ad uso pubblico, resta ferma sulla vicenda la competenza del giudice ordinario.

T.BLE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 9 marzo 2017, n. 680 – Giudice Unico Basoli – S. (Avv. Marchiò) c. V.A. (Avv. Boggia) e c. T. (contumace)

RESPONSABILITÀ civile – sinistro stradale – modulo di constatazione amichevole – prova della non veridicità dei fatti esposti – ammissibilità.

(Art. 148, c. 1, Cod. Ass.; Art. 8, c. 2, lett. c, D.P.R. 254/2006)

Dalla sottoscrizione del modulo di constatazione amichevole non conseguono effetti decisivi, potendo la società assicuratrice contestare comunque la veridicità dei fatti per come esposti dalle parti coinvolte nell'incidente e non essendovi quindi alcuna, del tutto inammissibile, preclusione in ordine alla prova del fatto, che resta pur sempre a carico della parte che si ritiene danneggiata per colpa dell'altra nell'incidente.

A.BEE.

Tribunale di Savona, 13 giugno 2017, n. 3826 – Giudice Unico Princiotta – V. (Avv. Varaglioti) c. H. (Avv.ti Allegro, Pastore e Zumbo).

RESPONSABILITÀ civile – danno da prodotto difettoso – ripartizione dell'onere della prova a tra danneggiato e produttore.

Il danneggiato deve provare il danno arrecatogli dal prodotto, andando ad evidenziare la mancanza della sicurezza che ci si poteva attendere. Il produttore dovrà dimostrare che il difetto non esisteva quando il prodotto è stato messo in circolazione.

E.C.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 13 marzo 2017, n. 15332 – Giudice Unico Calcagno – F. (Avv. Rivellini) c. AMT (Avv. Negro).

TRASPORTO – trasporto di persone – danni – onere della prova – risarcimento – esclusione nel caso di specie.

Spetta al passeggero dimostrare la presenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità in capo al vettore, ed in particolare l'esistenza di un danno, il collegamento causale tra l'inadempimento del vettore ed il danno subito, oltre la presenza di un titolo contrattuale che giustifichi il risarcimento del danno da inadempimento.

E.C.

Tribunale di Savona, 6 luglio 2017 – Giudice Unico Princiotta – C. (Avv. Lombardo) c. F. (Avv. Causa) c. C.A.L. S.p.A. (Avv. Aglietto) c. I. (Avv. Mazzitelli).

RESPONSABILITÀ civile – sinistro stradale – condotta del conducente – responsabilità – quantificazione del danno – danno non patrimoniale – danno biologico – tabelle Tribunale di Milano – applicabilità.

(Art. 2059 c.c.)

In materia di responsabilità civile da sinistri derivanti dalla circolazione stradale, in caso di investimento di pedone, la responsabilità del conducente è accertata qualora quest'ultimo non provi la regolarità della guida e l'impossibilità di impedire l'evento, avendo il pedone tenuto una condotta normale e/o comunque prevedibile. Conseguentemente, essendo soddisfatti tutti i criteri medico-legali per

l'accertamento del nesso di causalità, il conducente verrà condannato, ex art. 2059 C.C., al risarcimento del danno non patrimoniale e del danno biologico quantificati secondo le tabelle in uso al Tribunale di Milano. Le spese seguono la soccombenza.

(Conformi: Cass., n. 4551/2017; Cass., n. 21249/2006; Cass., n. 9620/2003; Cass., n. 26972/2008 – Cass., n. 5373/2011 – Cass., n. 2440/2010)

F.A.D.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 30 ottobre 2017, n. 1374 – Pres. Bonavia – Rel. Marocco – C. (Avv. Genovesi) c. IRCS (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità medica – sospensione della terapia – conseguenze negative per il paziente – responsabilità del sanitario – esclusione.

Va esente da responsabilità per sopraggiunto ictus al paziente, il medico, che avendo sospeso l'assunzione di un farmaco, dimostrò che il rischio ictale era comunque talmente basso da non poter assurgere a fattore concausale, pur ragionando nel senso "del più probabile che non".

E.C.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 7 novembre 2017, n. 2863 – Giudice Unico Canepa – F. (Avv. Cerruti) c. Comune di Genova (Avv. Carassale) e c. AMIU Genova (Avv. Pace).

RESPONSABILITÀ civile – insidia stradale – prevedibilità – caduta – risarcimento – esclusione.

In relazione al danno da insidia stradale, la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo occulto vale ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della P.A. per difetto di manutenzione della strada pubblica. Quanto più la situazione di pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione di normali cautele da parte del danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, sino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra condotta ed evento.

E.C.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 14 febbraio 2018, n. 489 – Giudice Unico La Mantia – C. (Avv. A. Costa) c. T.I. S.p.A. (Avv. Formica).

RESPONSABILITÀ civile – cosa in custodia (marciapiede) – avallamento in corrispondenza di un tombino – sinistro – assenza di incidenza causale del tombino nel sinistro – legittimazione passiva gestore del tombino – non sussiste – rapporto tra fonti – contrasto fra Codice della Strada e Regolamento comunale – prevalenza fonte superiore.

(Art. 2051 c.c.; Art. 14 D.Lgs. 285/1992; Art. 21 Regolamento del Comune di Genova)

Non è configurabile un potere di custodia e di sorveglianza della società titolare di un tombino adiacente la pubblica via per il sinistro occorso al pedone, a causa di un avallamento del marciapiede, in assenza di alcuna incidenza causale del manufatto nella determinazione dell'evento lesivo.

(Conf.: Cass., n. 13260/2016, Cass., n. 16226/2005)

In forza del rapporto gerarchico tra legge e fonti locali va escluso che una norma di rango secondario, nella specie un Regolamento comunale, possa derogare ad una norma di rango primario, qual è il Codice della Strada, che prevede un preciso obbligo manutentivo a carico dei proprietari della strada.

A.BEE.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 21 febbraio 2018, n. 301 – Pres. Realini – Rel. Albino – G. (Avv. Gallo) c. Soc. Fincantieri – Cantieri Navali Italiani (Avv. Paroletti).

RESPONSABILITÀ civile – cose in custodia – danno – responsabilità del custode – sussiste.

In tema di danni cagionati da cose in custodia, ai fini della configurazione della responsabilità è sufficiente dimostrare l'evento dannoso ed il nesso di causalità. Il custode, per escludere la sua responsabilità, deve provare il caso fortuito, ossia l'esistenza di un fattore estraneo e idoneo ad interrompere il nesso causale, per il suo carattere di imprevedibilità e di eccezionalità.

E.C.

Tribunale di Genova, 14 marzo 2018, n. 764, Giudice Unico Fabris - Autostrade (Avv. Cuneo) c. B. (Avv. Mutti).

RESPONSABILITÀ civile – cose in custodia – strada – responsabilità del gestore - configurabilità – limiti.

(Artt. 2051 e 2052 c.c.; art. 19, Legge n. 157/1992)

La responsabilità ex art. 2051 c.c. presuppone la sussistenza di un rapporto di custodia della cosa, consistente in una relazione di fatto rea soggetto e cosa stessa, tale da consentire il potere di controllo e di eliminazione delle situazioni di pericolo che siano insorte e di esclusione dei terzi dal contatto con la cosa medesima. Con riferimento agli utenti della strada la responsabilità ex art. 2051 c.c. dell'ente proprietario sussiste in relazione ai sinistri riconducibili alle situazioni di pericolo connesse in modo immanente alla struttura e alle pertinenze della stessa, salvo la prova del caso fortuito, da individuarsi nella riconducibilità eziologica dell'evento a cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, non conoscibili, e dunque imprevedibili, né eliminabili con immediatezza, neppure con la più diligente attività di custode, la cui potenzialità offensiva si è manifestata pertanto, prima che fosse esigibile l'intervento preventivo da parte dell'ente custode, avendo, altresì, possibile valenza esimente la condotta della vittima, sub specie di omissione delle normali cautele proprie della situazione, fermo, comunque a riguardo l'onere probatorio liberatorio in capo al custode.

(Cfr. Cass., n. 11785/2017)

T.BLE.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 13 giugno 2018, n. 960 - A (Avv. Forgione) c. Comune di Genova (Avv. Carassale).

RESPONSABILITÀ civile - danno da cosa in custodia – concorso di responsabilità del danneggiato – possibilità – esclusione della responsabilità in capo alla P.A. – sussiste.

Quanto più la situazione di possibile danno è suceptibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione di parte dello stesso danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza

causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso.

C.BRU.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 9 febbraio 2018, n. 451 – Giudice Unico Spera – Unicredit (Avv. Ceruti) c. C. (Avv.ti Bellomi e Moretti).

REVOCATORIA – presupposti – prova dell'inesistenza del pregiudizio per il creditore - onere a carico del debitore.

(Artt. 2704 e 2901 c.c.)

REVOCATORIA – fondo patrimoniale – costituzione successiva al sorgere del credito - inefficacia – sussiste.

(Art. 1224 c.c.)

Presupposti dell'azione revocatoria sono il credito del revocante, il pregiudizio arrecato dall'atto dispositivo del debitore alla ragioni del creditore e la conoscenza di questo pregiudizio da parte del creditore. Deve ritenersi sussistente il requisito del credito alorché vengano prodotti sia il decreto ingiuntivo sia l'estratto conto. E' onere del debitore provare che il suo patrimonio residuo sia tale da soddisfare le ragioni del creditore; poiché la prova non è stata offerta dai convenuti, si deve ritenere sussistente il requisito del pregiudizio del credito.

La sottoscrizione tra le parti di una fideiussione fa sorgere il credito e, in difetto della prova contraria, offerta dal debitore, fa presumere che la data di sottoscrizione sia effettiva. Pertanto è inefficace la costituzione di fondo patrimoniale, intervenuta in data successiva alla fideiussione, da parte dei convenuti. In difetto della prova, deve essere respinta la domanda di risarcimento danni.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 1 marzo 2018, Giudice Unico Ricco – Amministratore giudiziario delle quote societarie soggette a sequestro preventivo c. Ente pubblico.

SANZIONI amministrative – contestazione di illecito amministrativo - sequestro preventivo finalizzato alla confisca delle quote e dell'azienda di s.r.l. - amministratore giudiziario delle quote societarie e dell'azienda - legale rappresentante della società a responsabilità limitata - differenze - legittimazione ad agire - conseguenze.

(Art. 2318 c.c.; art. 81 c.p.c.; art. 321 c.p.p.; art. 14 l. 689/1981 e s.m.i.; art. 12 sexies l. 356/1992 e s.m.i.; art. 41 D.lgs. 159/2011 e s.m.i. c.d. Codice antimafia)

Va accolta la domanda di annullamento dell'ordinanza ingiunzione, perché elevata a carico dell'amministratore giudiziario delle quote e dell'azienda di titolarità di una s.r.l. (nella specie: "cose di cui è consentita la confisca"), sottoposte a sequestro preventivo finalizzato alla c.d. confisca allargata, ex art. 12 sexies l. 356/1992 e s.m.i., nel caso in cui l'amministratore giudiziario non sia stato nominato, al contempo, legale rappresentante e amministratore della s.r.l., mediante la procedura prevista dall'art. 41 comma 6 del Codice antimafia e laddove le prescrizioni in materia di igiene siano state impartite al legale rappresentante e non all'amministratore giudiziario, il quale ultimo non è il trasgressore alle prescrizioni e, pertanto, non è il legittimato passivo

– destinatario dell'ordinanza ingiunzione.

Le questioni di legittimazione processuale sono questioni di merito. (Cfr. Cass., n. 14177/2011; Cass., n. 11284/2010; Cass., SU n. 27346/2009)

S.NA.

Tribunale di Savona, 21 novembre 2017, n. 1377 - Pres. Rel. Princiotta – G. (Avv.ti Lazzarini e Laganà) c. M. (Avv.ti Bonacchi, Gallo e Fiori).

SUCCESSIONE ereditaria – impugnazione del testamento olografo - mancata prova dell'incapacità naturale del de cuius – annullamento – esclusione.

(Artt. 428, 591 e 2697 c.c.)

In tema di annullamento delle disposizioni testamentarie, l'incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del de cuius, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi; peraltro, poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a chi impugni il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affatto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava, invece, su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo. (Nel caso di specie gli attori avevano prodotto una documentazione sanitaria successiva alla data di redazione del testamento e tale da non escludere l'incapacità naturale della testatrice).

(Conf.: Cass., n. 27351/2014)

A.O.

Tribunale di Genova, 28 febbraio 2018, n. 640 – Pres. Gandolfo – Est. Del Nevo - B. (Avv. D'Alessio Clementi c. F. (Avv. Nicoliello) e c. C. (Avv. Ugo).

SUCCESSIONE ereditaria – divisione – progetto – assenza contestazioni – esecutività - sussiste.

(Art. 789 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile – sospensione necessaria del giudizio – limiti – sospensione facoltativa - consenso necessario di tutte le parti - necessità.

(Artt. 295 e 279, comma 4, c.p.c.)

INTERESSI – oneri di amministrazione condominiale – debito di valuta – interessi legali – rivalutazione - esclusione.

Il progetto di divisione contenuto nell'ordinanza pronunciata ex art. 789 c.p.c., in assenza di contestazioni, è già definitivo e, poiché detta ordinanza è esecutiva, non è necessario reiterare l'ordine di trascrizione nei registri immobiliari.

È esclusa l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. tra cause pendenti in gradi diversi (La sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c. è necessaria soltanto quando la previa definizione di altra controversia civile, penale o amministrativa, pendente davanti allo stesso o ad altro giudice, sia imposta da una espressa disposizione di legge ovvero quando, per il suo carattere pregiudiziale, costituisca

L'indispensabile antecedente logico-giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato. Al di fuori di tali presupposti, la sospensione cessa di essere necessaria e, quindi, obbligatoria per il giudice, ed è meramente facoltativa, con la conseguenza che il disporla o meno rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità). Nel caso di impugnazione di sentenze parziali o non definitive trova applicazione la fattispecie di cui all'art. 279, comma quarto c.p.c., qualora vi sia il consenso di tutte le parti.

Sulle somme anticipate a titolo di oneri di amministrazione dominiale, IMU ed altri tributi locali, non è dovuta la rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valuta, ma devono essere aggiunti solo gli interessi legali dalla data del pagamento al saldo.

SE.F.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 19 marzo 2018 – Giudice Unico Basoli – F. (Avv. Piccione) c. Impresa individuale (Avv. Zacco).

TRANSAZIONE - forma - forma ad probationem - prova testimoniale - inammissibilità - rilevabilità d'ufficio - esclusione.

(Artt. 1350, 1965, 1967 c.c.; art. 157 c.p.c.)

La transazione è soggetta alla forma scritta ad probationem (salvo il disposto dell'art. 1350 n. 12 c.c.). L'inammissibilità della prova per testi dei contratti, derivante dalla previsione della forma scritta ad probationem, non attiene all'ordine pubblico, ma alla tutela di interessi privati; ne consegue che l'inammissibilità non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata entro il termine dell'art. 157 secondo comma c.p.c. nella prima istanza o difesa successiva al suo configurarsi. L'inaservanza delle dette limitazioni non può essere eccepita dalla parte dopo l'espletamento della prova.

(Cfr.: Cass., n. 144/2002; Cass., n. 3186/2006; Cass., 7765/2010)

S.NA.

Tribunale di Savona, 20 luglio 2017 – Pres. Princiotta – Rel. Traverso – B. (Avv. Berardi) c. C. (Avv. Sanna) e c. G. (Avv. E. Preve).

TRASCRIZIONE di domanda giudiziale - rigetto della domanda - omissione dell'ordine di cancellazione - rilevabilità d'ufficio - procedura di correzione di errore materiale - ammissibilità - pendenza del gravame - irrilevanza.

(Art. 2668 c.c.; artt. 287 e 288 c.p.c.)

La cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale deve

essere ordinata dal giudice di merito, anche d'ufficio, con la pronuncia di rigetto della domanda medesima.

Il mancato ordine di cancellazione, che pure la legge ritiene necessario, integra un'omissione emendabile con ricorso alla procedura di cui all'art. 287 c.p.c. che rappresenta la soluzione che meglio risponde alle esigenze di celerità (oggetto di tutela costituzionale) e di economia processuale, evitando la dispendiosa celebrazione di un nuovo procedimento di cognizione.

Il Giudice che ha emanato la sentenza può correggere l'errore materiale omissivo anche a fronte della proposizione dell'impugnazione, avendo la Corte Costituzionale, con sentenza n. 335/2004, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'inciso "contro le quali non sia stato proposto appello".

(Conf.: Cass., n. 4211/2014 e App. Lecce Taranto, 18.4.2016)

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 30 marzo 2017, n. 878 – Giudice Unico Ricco – F. (Avv.ti Fadda e Dapelo) c. L. (Avv. Senna).

TRASPORTO (contratto di) - polizza di carico - deroga alla giurisdizione - forma scritta - necessità - esclusione.

La forma scritta non è più requisito di validità della deroga alla giurisdizione, poiché quest'ultima può essere stipulata anche per comportamenti concludenti e deve essere soltanto provata per iscritto, così come previsto anche dal richiamato art. 4 legge 218/1995 (nel caso di specie è stata ritenuta valida la deroga alla giurisdizione contenuta nella polizza di carico).

J.MLN.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 febbraio 2018, n. 384 – Giudice Unico Gandolfo – C. (Avv. Leverone) c. C. (Avv. Muzio).

USUCAPIONE – possesso – requisiti.

(Art. 1158 c.c.)

La domanda di usucapione e la conseguente declaratoria dell'acquisto del bene per usucapione, trova accoglimento qualora venga accertato il possesso continuo ed ininterrotto per oltre vent'anni, manifestato tramite attività corrispondenti all'esercizio del diritto di proprietà sul bene. Tali attività possono emergere dalle dichiarazioni testimoniali, dalla mancata risposta di controparte all'interrogatorio formale, dal riconoscimento dei convenuti effettuato con la costituzione in giudizio, seppur costituitisi tardivamente.

F.AD.

Documenti

L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi

Guido Alpa

Ordinario nell'Università di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. Il nuovo quadro normativo. - 2. Terminologia e concetti. - 3. La nozione di "equità" del compenso. - 4. La nozione di vessatorietà. - 5. Esempi di clausole vessatorie. - 6. Nullità delle clausole. - 7. Conservazione del contratto. - 8. "Equo compenso" e parametri. - 9. Diritto intertemporale.

1. Il nuovo quadro normativo.

La disciplina dell'"equo compenso" è frutto di un complesso quadro normativo che deve essere ricomposto sulla base di diversi interventi legislativi operati in leggi-contenitore diverse. L'art. 19-quaterdecies, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, recante "Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili", convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, ha inserito nella legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense" (*hinc inde*: "legge forense"), l'art. 13-bis, recante "Equo compenso e clausole vessatorie".

Al predetto art. 19-quaterdecies, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, sono state successivamente apportate ulteriori modificazioni – entrate in vigore il 1° gennaio 2018 – dall'art. 1, commi 487 e 488, legge 27 dicembre 2017, n. 205, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020".

Si tratta dunque di norme che hanno carattere di maggior dettaglio rispetto alle previsioni già recate dalla legge di riforma della professione forense, n. 247 del 2012, all'art. 13. L'art. 13 bis consta ora di più commi rispetto alla sua originaria formulazione, in quanto è stato esteso alle prestazioni rese dai professionisti di cui all'art. 1 l. 22.5 2017 n. 81 anche iscritti a ordini e collegi (c.2); prevede che la p.A. garantisca il principio dell'equo compenso per le prestazioni rese dai professionisti in esecuzione degli incarichi solo conferiti (c.3) ; e in un comma 4 bis stabilisce che le sue disposizioni non si applichino agli agenti della riscossione, che garantiscono, comunque, al momento del conferimento dell'incarico professionale, la pattuizione di compensi adeguati all'importanza dell'opera, tenendo conto, in ogni caso, dell'eventuale ripetitività delle prestazioni richieste.

È rimasto poi nel testo un richiamo (al c.7) di un comma (n.5) che faceva riferimento alla specifica trattativa e approvazione delle clausole elencate in una lista (che, per analogia con le clausole vessatorie dei contratti del consumatore potremmo definire *lista nera*), comma soppresso nel corso della discussione in aula. L'art. 7 si riferisce alla prova della trattativa, ma resta inapplicabile in quanto l'essere state - le clausole della lista - oggetto di trattativa non è più una ragione di validità di tali clausole e quindi la trattativa non ha più alcun significato ai fini della valutazione della loro vessatorietà.

Queste regole debbono essere collocate: (i) per quanto di sua competenza, nell'ambito della disciplina della Carta europea dei diritti fondamentali, che, all'art. 15, tutela il lavoro professionale; (ii) nell'ambito della disciplina dei Trattati, e in particolare della concorrenza, oltre che del lavoro, e quindi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, oltre ai casi *Arduino*, *Cipolla*, *Consiglio di Stato*, di recente si è pronunciata su una questione sollevata con rinvio pregiudiziale dal Tribunale circondariale di Sofia. Il caso riguardava il divieto ancora sussistente nell'ordinamento bulgaro da parte dell'avvocato di pattuire un onorario di importo inferiore a quello minimo fissato dal Consiglio superiore forense della Bulgaria. La Corte aveva già precisato riguardo alle tariffe italiane che esse fossero legittime (prima che fossero abolite dal decreto Bersani) ; in questo caso, però, non essendo il Consiglio superiore forense un ente dello Stato le tariffe falsano la concorrenza; tuttavia ha aggiunto che non ogni restrizione della concorrenza ricade sotto il divieto degli artt. 101 ss. del Trattato, perché occorre stabilire il contento in cui le tariffe sono state adottate, o dispiegano i loro effetti e i propri obiettivi. Sicché il dispositivo assume una valenza compromissoria:

«L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che una normativa nazionale che, da un lato, non consenta all'avvocato e al proprio cliente di pattuire un onorario d'importo inferiore al minimo stabilito da un regolamento adottato da un'organizzazione di categoria dell'ordine forense e, dall'altro lato, non autorizzi il giudice a disporre la ri-fusione degli onorari d'importo inferiore a quello minimo, è idonea a restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE» (Corte Giust. UE, 23.11.2017, nelle cause riunite C-427/16 e C-428/16).

Ovviamente l'equo compenso risponde anche ai principi costituzionali di dignità della persona, di dignità della retribuzione e di compenso adeguato per il lavoratore.

Le disposizioni in materia di "equo compenso" risultano pienamente conformi al disegno costituzionale della dignità del lavoro, giacché le previsioni di cui all'art. 13-bis della legge forense concorrono a tutelare il diritto del professionista "ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro" (art. 36 Cost.). La nuova disciplina risulta altresì conforme al principio, sancito dall'art. 35, comma 1, Cost., della tutela del lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni", giacché le nuove previsioni in materia di equo compenso introducono delle significative tutele nel campo del lavoro autonomo e, in particolare, nell'ambito della professione forense, conferendo rilievo alla "specificità della funzione difensiva", nonché alla "primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta" (art. 24 Cost. e art. 1, comma 2, legge forense)(1).

Il legislatore ha perseguito le finalità sopra sinteticamente delineate collegando la nozione di "equo compenso" ai parametri per la liquidazione dei compensi degli avvocati di cui

al D.M. 10 marzo 2014, n. 55 (“Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell’articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247”).

Tali parametri – che hanno sostituito le previgenti tariffe minime, su cui ci si soffermerà innanzi (cfr. par. 4) – sono stati adottati dal Ministero della Giustizia in attuazione di quanto disposto dall’art. 13, comma 6, della legge forense, ai cui sensi “i parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNF, ogni due anni, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, si applicano quando all’atto dell’incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell’interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge”.

In questo quadro occorre dunque interpretare l’art. 13 bis della l. professionale, aggiunto dal d.l. 16.10. 2017 n. 148 conv. in l. 4.12. 2017 n. 172.

2. Terminologia e concetti.

La rubrica dell’art. 13 bis cit. è intitolata a “equo compenso e clausole vessatorie”. L’accostamento lascia subito intendere che, almeno inizialmente, la disciplina riguarderà non solo la determinazione del quantum del compenso ma anche il contenuto contrattuale del rapporto istituito tra cliente e avvocato, e le modalità contrattuali con cui l’incarico è stato conferito dal cliente e accettato dall’avvocato o viceversa.

Dalla piana lettura dell’articolo 13-bis della legge forense emerge da un lato l’uso di termini e concetti, oltre che disposizioni, tratte dal Codice del consumo (e, dall’altro lato, che l’intento perseguito dal legislatore consiste nel corroborare la tutela del lavoro autonomo, introducendo nell’impianto della legge forense una nullità relativa o “di protezione”(2), che può essere fatta valere soltanto dall’avvocato affinché il giudice, accertata la vessatorietà delle clausole, ne dichiari la nullità e determini il compenso del professionista “tenendo conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell’articolo 13, comma 6” (comma 10), senza che la declaratoria di nullità travolga l’intero assetto di interessi regolato dalla convenzione.”.

Innanzitutto preme sottolineare che la terminologia impiegata sul piano fattuale, e ripetuta anche sul piano normativo, richiama le “convenzioni”, che sono accordi intercorrenti tra le parti, e nella maggior parte dei casi trattasi di un contratto-tipo, in cui le clausole sono interamente predisposte dal cliente (banca, assicurazione, grande impresa), salvo casi eccezionali in cui le clausole sono negoziate, o i contratti hanno un articolato e diverso contenuto; in più i contratti conclusi sulla base della convenzione sono tutti eguali. Si che, comunque si voglia concludere il contratto, cioè con l’adesione *sic et simpliciter* alla convenzione predisposta, oppure la si ricopi in testo sottoposto all’avvocato per la sua accettazione e sottoscrizione, oppure ancora si rovesci la modalità di concludere il contratto, e cioè si chieda all’avvocato di copiare il testo della convenzione, riportandolo su una lettera che è rivolta al cliente a mo’ di offerta, che questi accetti, non fa differenza ai fini del controllo giudiziale e ai fini della applicazione della disciplina vigente.

La tecnica del rovesciamento delle posizioni, di offerente e di oblato, tale da trasformare l’oblato in offerente e l’offerente in oblato, è un espediente che non vale a sottrarre la convenzione ai controlli di cui si è detto.

Si tratta di un espediente cui normalmente ricorrono le compagnie di assicurazione e le banche, ma la situazione non

cambia ai fini della tutela della parte debole del rapporto. Ciò che rileva è che la compagnia oppure la banca, anziché predisporre (o proporre), utilizzino tali clausole (sul punto v. Cass. 30 aprile 2012, n. 6639, secondo la quale “in tema di clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, la previsione dell’art. 33, secondo comma, lett. e), del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, (cd. Codice del consumo) – diretta a sanzionare la lesione inferta all’equilibrio negoziale che si concretizza nel trattenimento di una somma di denaro ricevuta prima dell’esecuzione delle prestazioni contrattuali, qualora non si ponga a carico dell’acciopiens un obbligo restitutorio e un ulteriore obbligo sanzionatorio qualora sia egli stesso a non concludere o a recedere – è applicabile in presenza non solo di un contratto già concluso ed impegnativo per entrambi i contraenti, ma anche di un negozio preparatorio vincolante per il consumatore, quale quello discendente da una proposta irrevocabile, tutte le volte che il consumatore stesso – nel versare, contestualmente all’impegno assunto, una somma di denaro destinata ad essere incamerata dal beneficiario in caso di mancata sottoscrizione del successivo preliminare “chiuso” o del definitivo da parte del proponente – abbia aderito ad un testo, contenente la detta clausola vessatoria, predisposto o, comunque, utilizzato dal professionista oblato”.

Non credo si possa speculare sulla lettera della legge, e sostener che, parlando l’art. 13 bis c.1. di “convenzioni” e non di contratti, la nuova disciplina valga solo per i contratti-tipo e non anche per i contratti individuali non negoziati e comunque asimmetrici. Le clausole, predisposte da una parte, o di cui si avvale una parte, per imporla all’altra, sono comunque di per sé vessatorie.

Anche l’elencazione dei potenziali clienti – banche, assicurazioni, etc – è meramente esemplificativa e non esaustiva, e quindi non impedisce al giudice di applicare la legge.

Vi è solo una limitazione di carattere dimensionale dell’impresa, perché sono sottratte a questa disciplina le microimprese o le piccole e medie imprese come definite dalla racc. n. 361 del 2003 della Commissione del 6.5.2003.

La legge si applica solo se le convenzioni siano unilateralmente predisposte dalle imprese – ma la giurisprudenza del codice civile riguardante le clausole vessatorie (artt. 1341, 1342 e 1370) e la disciplina del codice del consumo (art. 33) estendono l’ipotesi anche ai casi in cui le clausole non sono direttamente predisposte ma sono (predisposte da terzi e) utilizzate dall’impresa, la quale comunque se ne avvale e le impone alla controparte debole.

Le convenzioni si presumono unilateralmente predisposte (c.3) : spetterà all’impresa dimostrare la prova contraria, dimostrare cioè che le clausole non sono state predisposte ma congiuntamente determinate e concordate con l’avvocato. Non basta ovviamente una dichiarazione in questo senso dell’avvocato (che sarebbe persino risibile se i contratti fossero tutti eguali) e neppure la possibilità di scegliere tra più opzioni determinate per trasformare il testo unilateralmente predisposto in un testo individualmente negoziato. Ribadisce infatti il c. 7 che <non costituiscono prova di specifica trattativa ed approvazione di cui al c. 5 le dichiarazioni contenute nelle convenzioni che attestano genericamente l’avvenuto svolgimento delle trattative senza specifica indicazione delle modalità con le quali le medesime sono state svolte>.

3. La nozione di “equità” del compenso.

Come si è anticipato, l’ammontare della retribuzione è oggetto di disciplina (garantistica) sia nella Carta dei diritti fondamentali, sia nella Costituzione italiana (art. 36) ed è uno dei principi cardine del diritto del lavoro, sia dipendente sia

indipendente. Il testo della novella usa l'espressione "equo" evidentemente correlando tale espressione alla giustizia nel rapporto individuale (come lo si potrebbe usare nel parlare di "contratto giusto" e di "giustizia contrattuale") sia con riguardo all'ammontare del compenso professionale che deve essere non irrisorio, ma satisfattivo (in questo senso l'equità di avvicina a quella dell'indennizzo in materia espropriativa) e dignitoso e decoroso. Perché sia "equo" il compenso deve rispondere a due requisiti concorrenti, non alternativi, ex c.2 dell'art. 13 bis: deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto e al contenuto e alle caratteristiche della prestazione conforme ai parametri. Se manca anche uno soltanto dei requisiti il compenso non è equo. La valutazione della quantità e della qualità del lavoro svolto è oggetto di ragionevole decisione del giudice. La quantità è criterio più agevole da accettare, avendo riguardo al numero degli atti, alla loro estensione e alla loro chiarezza e concisione (anche tenendo conto del protocollo d'intesa siglato dal CNF con le Corti Superiori). La qualità è meno agevole da accettare, ma è il giudice è in grado di valutare se un lavoro è stato fatto in modo pedestre oppure ripetitivo oppure senza argomentazioni logico-giuridiche, oppure senza alcuna ricerca di dottrina e giurisprudenza, o se sono stati commessi errori, omissioni o impostazioni inappropriate delle questioni o domande ultronoe addirittura sbagliate, o del tutto pretestuose.

In ogni caso la "giusta retribuzione" è un principio costituzionalmente garantito già dagli anni Cinquanta ed è considerato immediatamente applicabile ai rapporti tra privati. La dottrina se ne è occupata prevalentemente con riguardo al lavoro subordinato (v. Ichino, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, Rel. Accademia dei Lincei, 22-23 aprile 2010; e con riferimento alla contrattazione collettiva, per una approfondita analisi v. Petrella, *Il principio della retribuzione proporzionata e sufficiente nel sistema italiano di contrattazione collettiva*, Milano, 2011)

4. La nozione di vessatorietà.

Come si anticipava la nuova disciplina in modo dettagliato esamina la clausole del contratto-convenzione e richiamata termini e concetti del contratto asimmetrico con il consumatore.

In particolare, l'art. 13-bis prevede che le clausole contenute nelle convenzioni si considerano vessatorie quando "determinano, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato" (comma 4).

Rispetto alla dizione dell'art. 33 del cod. consumo vi sono alcune differenze.

Innanzitutto non si fa riferimento alla buona fede (oggettiva), oggetto di una rettifica legislativa da parte degli organi europei, dal momento che la direttiva comunitaria n. 13 del 1993 era stata tradotta in modo improprio (v. GUCE L 137/13 del 4.6.2015) ed ora il significato deve essere inteso come <in contrasto con la buona fede>. Mentre si riprende il "significativo squilibrio".

Se si dovesse fare riferimento alla giurisprudenza sui contratti del consumatore e quindi sulle clausole vessatorie – anche se si tratta di disciplina speciale non estensibile all'avvocato – ma si sarebbe indotti a farlo perché i termini e la situazione appaiono simili – val la pena di ricordare che si è registrato un significativo squilibrio quando il rapporto tra le prestazioni non trovava alcuna giustificazione dal punto di vista sinalognatico ed era collegato alla condotta discrezionale del-

l'impresa (Trib. Roma, 31.1.2017). Il significativo squilibrio può essere rappresentato da un pregiudizio grave alla situazione giuridica dell'avvocato.

La prova contraria deve essere fornita dall'impresa, ed ovviamente si tratta di valutazioni che solo il giudice di merito può effettuare. Al riguardo vi è molta giurisprudenza della Corte di Giustizia.(3)

La disciplina delle clausole vessatorie dei contratti professionali forensi diverge però sensibilmente dalla disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, perché per le prime la vessatorietà è valutata anche alla luce dell'equo compenso, mentre le clausole dei consumatori non possono essere valutate se incidono sull'oggetto e quindi sul prezzo del bene o del servizio acquistato. Nei contratti del consumatore il legislatore (che attua una disciplina introdotta dall'Unione europea con la direttiva n. 13/1993) non interviene sul rapporto di scambio tra la parte più forte e la parte più debole.

Ritornando alla disciplina dettata dalla legge forense, l'art. 13-bis prosegue disciplinando ipotesi particolari nelle quali le clausole contenute nelle convenzioni devono comunque considerarsi vessatorie (commi 5 e 6), per poi giungere alla disposizione cardine della nuova disciplina, dettata dal comma 8, a mente del quale "*le clausole considerate vessatorie ai sensi dei commi 4, 5 e 6 sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto. La nullità opera soltanto a vantaggio dell'avvocato*".

Il tenore letterale delle disposizioni richiamate, nonché la *ratio ad esse* sottessa inducono a ritenere che la non equità del compenso rappresenti soltanto una delle cause da cui può scaturire la vessatorietà delle clausole contenute nelle convenzioni. Questa tesi trova puntuale riscontro nel sopra richiamato comma 4, che fa descendere il carattere vessatorio delle clausole dal "significativo squilibrio contrattuale" che esse determinano a carico dell'avvocato "anche in ragione della non equità del compenso pattuito".

Ciò significa che il "significativo squilibrio contrattuale" può assumere declinazioni eterogenee, ben potendo consistere tanto nell'imposizione di clausole cd. "capestro" (quali quelle espressamente previste dal legislatore all'art. 13-bis, comma 5), quanto appunto nella determinazione di un compenso non equo, ossia non proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e non conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al D.M. 10 marzo 2014, n. 55 ("Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247"). A sostegno delle considerazioni che precedono possono essere richiamate le ipotesi – specificamente disciplinate dal legislatore al comma 5 – in cui la vessatorietà delle clausole non può essere ascritta alla iniquità del compenso, ma discende, a titolo meramente esemplificativo, dalle facoltà, riservate al "committente forte", di modificare unilateralmente le condizioni del contratto (lett. a)) e di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali dello stesso (lett. b)), oppure dalla previsione di termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente (lett. f)).

V'è ancora un altro dato letterale che può essere richiamato per dimostrare che la vessatorietà delle clausole contenute nelle convenzioni non si esaurisce nella non equità del compenso pattuito. L'art. 13-bis, comma 10, infatti, dispone che "il giudice, accertate la non equità del compenso e la vessatorietà

di una clausola a norma dei commi 4, 5 e 6 del presente articolo, dichiara la nullità della clausola". Come emerge dalla piana lettura di tale disposizione, la declaratoria di nullità delle clausole contenute nelle convenzioni è subordinata all'accertamento da parte del giudice di distinte ipotesi di vessatorietà, che consistono, da un lato, nella non equità del compenso e, dall'altro lato, in tutte le altre cause di squilibrio contrattuale tipizzate nei commi 4, 5 e 6.

La rubrica dell'art. 13-bis ("*Equo compenso e clausole vessatorie*") e, in particolare, le finalità perseguiti dal legislatore inducono a ritenere che la non equità del compenso costituisca la principale – sebbene non l'unica – causa di vessatorietà delle clausole contenute nelle convenzioni. Proprio in ciò risiede la peculiarità della disciplina dettata dalla legge forense rispetto alle previsioni del Codice del consumo, benché le disposizioni dei due testi normativi presentino spesso un tenore letterale analogo.

Se da un lato le analogie meritano di essere segnalate, ancora maggiore attenzione esigono le differenze tra la disciplina del Codice del consumo e quella della legge forense. Come sopra si è anticipato, l'art. 34, comma 2, del Codice del consumo, dispone che "*la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile*". A tal proposito, la consolidata giurisprudenza di legittimità ha chiarito che "*il controllo giudiziale sul contenuto del contratto stipulato con il consumatore [...] è circoscritto alla componente normativa del contratto stesso, mentre è preclusa ogni valutazione afferente le caratteristiche tipologiche e qualitative del bene o del servizio fornito, o l'adeguatezza tra le reciproche prestazioni, richiedendosi soltanto [...] che l'oggetto del contratto ed il corrispettivo pattuito siano individuati in modo chiaro e comprensibile*" (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. I, 20.09.2013, n. 21600; Cass. civ., Sez. VI-3, 30.09.2015, n. 19559; Cass. civ., Sez. I, 26.07.2016, n. 15408).

Dal tenore letterale dell'art. 34, comma 2, del Codice del consumo, nonché dalla giurisprudenza di legittimità si evince che la vessatorietà delle clausole non ha ad oggetto l'equità del compenso, ossia l'"*adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi*", secondo i termini propri della disciplina dettata dal Codice del consumo. Ne consegue che, sotto tale profilo, la disciplina dettata dalla legge forense – nonostante le rilevate affinità testuali – si differenzia sensibilmente dalle disposizioni del Codice del consumo, che pertanto non possono trovare applicazione ai rapporti professionali regolati dalle convenzioni di cui all'art. 13-bis, comma 1, della legge forense. Ancorché siano tratti dal Codice del consumo, i termini e i concetti citati hanno quindi una fisionomia propria in questa nuova normativa, né, essendo il Codice del consumo una legge speciale, esso può essere applicato estensivamente o analogicamente.

A sostegno delle considerazioni che precedono può essere richiamato un ulteriore argomento che esclude l'applicabilità delle disposizioni del Codice del consumo alle predette convenzioni. Come si è visto, quest'ultime concernono i rapporti professionali che intercorrono tra gli avvocati e quella determinata categoria di clienti costituita da "*imprese bancarie e assicurative*", nonché da "*imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361CE della Commissione, del 6 maggio 2003*" (art. 13-bis, comma 1, legge forense).

È evidente che tali soggetti, in favore dei quali gli avvocati svolgono le prestazioni professionali oggetto delle conven-

zioni, non possono essere qualificati "consumatori", giacché l'art. 3, comma 1, lett. a), del Codice del consumo dispone che per "*consumatore o utente*" deve intendersi soltanto "*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*". Anche dalla consolidata giurisprudenza di legittimità emerge che la qualifica di consumatore "*spetta solo alle persone fisiche, quindi non alle società, e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice "consumatore" soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività*" (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. VI, 14.07.2011, n. 15531; Cass. civ., Sez. VI-1, 23.09.2013, n. 21763; Cass. civ., Sez. VI-3, 12.03.2014, n. 5705; Cass. civ., Sez. VI-2, 19.07.2017, n. 17848).

L'inequivoco tenore letterale dell'art. 3, comma 1, lett. a), del Codice del consumo, nonché la consolidata giurisprudenza di legittimità non lasciano adito a dubbi, sicché è sufficiente rilevare che i clienti di cui all'art. 13-bis, comma 1, della legge forense non possono essere qualificati "consumatori" in quanto: *i) non sono persone fisiche; ii) non agiscono "per scopi estranei"* alla propria attività imprenditoriale quando stipulano convenzioni con uno o più avvocati per la tutela giurisdizionale dei propri diritti. Ne consegue che le disposizioni del Codice del consumo sono inconferenti e che l'art. 13-bis della legge forense deve ritenersi *lex specialis* applicabile ai rapporti professionali regolati dalle predette convenzioni. Inoltre, vi sono evidenti ragioni sistematiche che depongono a favore dell'esclusione della qualificazione dei clienti di cui all'art. 13-bis, comma 1, come "consumatori". A tal proposito, giova ribadire che la nullità di protezione introdotta dal legislatore nella legge forense "*opera soltanto a vantaggio dell'avvocato*", ossia del contraente che trae pregiudizio dallo squilibrio contrattuale. Laddove invece i clienti venissero qualificati come consumatori, si perverrebbe inopinatamente all'estensione ai "*committenti forti*" delle tutele riconosciute dal legislatore al contraente debole. È evidente che tale inversione dei ruoli sarebbe manifestamente irragionevole e contrasterebbe apertamente con la *ratio* ispiratrice della nullità di protezione che il legislatore ha voluto introdurre nella legge forense.

5. Esempi di clausole vessatorie.

Nei paragrafi successivi saranno analizzate alcune clausole ricorrenti nelle convenzioni-tipo utilizzate da grandi imprese, banche e assicurazioni nei contratti con i professionisti legali. Tra le clausole delle convenzioni campeggia quella in cui, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., l'avvocato dichiara di "*approvarle specificamente per iscritto [...] dopo attento esame e rilettura*" – ciò al fine di escluderne la vessatorietà.

Ovviamente si tratta di una mera precauzione formale, ma se la clausola è nulla, essa tale rimane anche se specificamente approvata per iscritto.

a) sostituzione delle precedenti convenzioni.

È frequente la clausola in base alla quale le clausole precedentemente stipulate sono sostituite da quelle innovative; si tratta di una vera e propria novazione, che contrasta con il principio *tempus regit actum*, e quindi, se peggiora il regime a cui l'avvocato è assoggettato, la clausola si rivela vessatoria.

A seguito dell'entrata in vigore delle disposizioni in materia di "*equo compenso*", le clausole in esame possono ricadere nell'ipotesi di vessatorietà tipizzata dal legislatore all'art.

13-bis, comma 5, lett. h), ai cui sensi sono vessatorie le clausole che consistono “nella previsione che, in ipotesi di nuova convenzione sostitutiva di altra precedentemente stipulata con il medesimo cliente, la nuova disciplina sui compensi si applichi, se comporta compensi inferiori a quelli previsti nella precedente Convenzione, anche agli incarichi pendenti o, comunque, non ancora definiti o fatturati”.

Dunque, le clausole in esame devono ritenersi concreteamente vessatorie *ex art. 13-bis, comma 5, lett. h*), se la nuova disciplina sui compensi contenuta comporti compensi inferiori a quelli previsti nella precedente convenzione. In tal caso, le clausole in questione dovranno ritenersi vessatorie, e dunque nulle, in quanto determinano un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato.

Al caso di specie trova pertanto applicazione l'art. 13-bis, comma 10, della legge forese, ai cui sensi “il giudice, accertata la non equità del compenso [...], dichiara la nullità della clausola e determina il compenso dell'avvocato tenendo conto dei parametri” di cui al D.M. n. 55 del 2014, oppure il giudice applica il maggior compenso pattuito con la precedente convenzione. Le clausole nulle, dunque, sono sostituite di diritto da norme imperative ai sensi dell'art. 1419, comma 2, cod. civ.,

b) clausola penale.

Spesso si rinvengono clausole del seguente tenore:

“Nell'ipotesi in cui venisse notificato alla Società atto di precezzo ed il Legale non desse prova di aver adempiuto a quanto previsto si conviene sin d'ora tra le Parti che il compenso determinato sarà ridotto, anche a titolo di penale, del 50%”.

Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, “le clausole penali ed altre simili, con le quali le parti abbiano determinato in via convenzionale anticipata la misura del ristoro economico dovuto all'altra in caso di recesso o di inadempimento, non avendo natura vessatoria, non rientrano tra quelle di cui all'art. 1341 cod. civ. e non necessitano, pertanto, di specifica approvazione” (cfr. *ex plurimis* Cass. civ. Sez. II, 18.03.2010, n. 6558; Cass. civ. Sez. II, 13.01.2014, n. 470).

Tuttavia, la clausola in esame è usualmente annoverata, nell'ambito delle convenzioni, tra quelle che, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., l'avvocato dichiara di “approvare specificamente per iscritto [...] dopo attento esame e rilettura”. In più la penale pari al 50% del compenso è palesemente eccessiva, si che può implicare la riduzione d'ufficio in via equitativa.

In ogni caso, Ai sensi dell'art. 13-bis della legge forese, la vessatorietà della clausola in esame deve essere valutata alla luce del paradigma del “significativo squilibrio contrattuale” da cui il legislatore ha inteso proteggere l'avvocato nell'ambito dei rapporti professionali con i grandi committenti. Nel caso di specie, lo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto risiede nella riduzione del 50% del compenso in caso di notifica del precezzo, sicché si deve concludere che l'importo manifestamente eccessivo della penale rende vessatoria la clausola in esame.

L'eccessività della penale non è un'ipotesi di vessatorietà specificamente disciplinata dall'art. 13-bis della legge forese, mentre è tipizzata dall'art. 33, comma 2, lett. f), del Codice del consumo, ai cui sensi si presumono vessatorie le clausole che hanno per oggetto o per effetto di “imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo”.

Ciò premesso, si ribadisce che le disposizioni del Codice del consumo non possono trovare applicazione ai rapporti pro-

fessionali regolati dalle convenzioni di cui all'art. 13-bis, comma 1, della legge forese. Tuttavia, la ratio di tale previsione – che risiede sempre nella protezione del contraente debole – è pienamente conforme a quella sottesa alle disposizioni in materia di equo compenso introdotte nella legge forese. Ciò consente di concludere che l'eccessività della penale – ancorché non specificamente annoverata tra le ipotesi di vessatorietà disciplinate dall'art. 13-bis, comma 5, della legge forese – è senz'altro manifestazione del “significativo squilibrio contrattuale” da cui il legislatore ha voluto proteggere l'avvocato nell'ambito dei rapporti professionali con i grandi committenti.

c) clausola risolutiva expressa.

È altresì frequente la clausola la quale prevede la risoluzione expressa *qualora si verifichi, anche in relazione ad un solo incarico, un inadempimento grave*.

La clausola in esame è annoverata nelle convenzioni tra quelle che, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., l'avvocato dichiara di “approvare specificamente per iscritto [...] dopo attento esame e rilettura”. Ne consegue che la stessa Società committente, nel predisporre la Convenzione, ha ravvisato profili di vessatorietà in tale clausola risolutiva expressa, giacché l'art. 15 prevede la facoltà di risolvere gli incarichi conferiti soltanto a favore delle Società committenti e non anche dell'avvocato.

Dunque, la vessatorietà della clausola in esame deve essere valutata alla luce del paradigma del “significativo squilibrio contrattuale” da cui il legislatore ha inteso proteggere l'avvocato nell'ambito dei rapporti professionali con i grandi committenti. Nel caso di specie, lo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto risiede nel carattere non bilaterale della clausola. A tale conclusione può pervenire il “giudice di merito, al quale soltanto spetta l'accertamento del carattere vessatorio delle clausole, essendo la sua valutazione incensurabile in sede di legittimità, purché adeguatamente motivata” (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. II, 10.01.1996, n. 166; Cass. civ., Sez. III, 13.04.2000, n. 4801; Cass. civ., Sez. lavoro, 22.12.2009, n. 26987).

Prima di affrontare questi profili, è utile richiamare alcuni orientamenti della Suprema Corte, secondo cui la clausola risolutiva expressa “non può essere ricondotta tra quelle che sanciscono limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, aggravando la condizione di uno dei contraenti, perché la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto è insita nel contratto stesso e tale clausola non fa che rafforzare detta facoltà ed accelerare la risoluzione, avendo le parti anticipatamente valutato l'importanza di un determinato inadempimento, e quindi eliminato la necessità di un'indagine ad hoc avuto riguardo all'interesse dell'altra parte” (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. III, 03.08.2005, n. 16253; Cass. civ., Sez. III, 26.09.2006, n. 20818; Cass. civ., Sez. III, 28.06.2010, n. 15365; Cass. civ., Sez. I, 11.11.2016, n. 23065).

La Corte di cassazione ha pertanto concluso che “la clausola risolutiva expressa, non risultando particolarmente onerosa, non rientra in alcuna delle previsioni di cui all'art. 1341 c.c. e non ha, di conseguenza, natura vessatoria” (cfr. in particolare Cass. civ., Sez. III, 28.06.2010, n. 15365).

Benché l'orientamento della Suprema Corte escluda la possibilità di qualificare vessatoria la clausola risolutiva expressa, si deve comunque rilevare che l'interpretazione estensiva delle clausole di cui all'art. 1341, comma 2, cod. civ. non è incompatibile con la tassatività dell'elencazione ivi contenuta ed è ammessa “quando l'ipotesi non prevista in detta norma sia accomunata a quelle espressamente contemplate dalla medesima

ratio, cioè dall'esigenza di tutela del contraente per adesione in situazioni per lui particolarmente sfavorevoli" (cfr. in particolare Cass. civ., Sez. lavoro, 03.11.1987, n. 8062 e Cass. civ., Sez. I, 19.03.2003, n. 4036).

Proprio in tale prospettiva devono essere interpretate le previsioni di cui all'art. 13-bis della legge forense, atteso che la ratio ispiratrice delle stesse risiede nella protezione dell'avvocato dalle clausole che determinano a suo carico un "significativo squilibrio contrattuale". Questo è il caso della clausola risolutiva espressa in esame, giacché l'art. 15 della Convenzione, come si è visto, prevede il diritto potestativo di risolvere l'incarico professionale soltanto a favore delle Società committenti e non anche dell'avvocato.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si ritiene che il giudice di merito possa ravvisare nel carattere non bilaterale della clausola di cui all'art. 15 della Convenzione una manifestazione del "significativo squilibrio contrattuale" da cui il legislatore ha inteso proteggere l'avvocato nell'ambito dei rapporti professionali con i grandi committenti.

d) recesso.

Si prevede spesso che "In caso di recesso esercitato da una delle Parti, il Legale porterà a termine gli Incarichi affidati, salvo diversa determinazione della Società, nel qual caso il Legale dovrà prontamente restituire il fascicolo relativo a ciascun incarico conferito.

16.2 Nel caso di cessazione degli Incarichi in corso di esecuzione, la determinazione del compenso avverrà in base ai criteri pattuiti fra le Parti al momento del conferimento dell'Incarico o, in assenza, in base alle altre disposizioni della convenzione".

Le clausole in esame sono annoverate, nell'ambito delle stesse convenzioni, tra quelle che, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., l'avvocato dichiara di "approvare specificamente per iscritto [...] dopo attento esame e rilettura".

La vessatorietà di questa clausola deve essere valutata alla luce della disciplina del recesso nell'ambito del contratto d'opera intellettuale dettata dall'art. 2237 cod. civ., ai cui sensi "il cliente può recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta. Il prestatore d'opera può recedere dal contratto per giusta causa. In tal caso egli ha diritto al rimborso delle spese fatte e al compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente. Il recesso del prestatore d'opera deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente". Di analogo tenore è la disposizione di cui all'art. 14, comma 1, della legge forense, secondo cui l'avvocato ha "sempre la facoltà di recedere dal mandato, con le cautele necessarie per evitare pregiudizi al cliente".

A prescindere dal soggetto che recede dal contratto, dalla disciplina sopra delineata emerge che l'avvocato ha diritto al rimborso delle spese sostenute e al compenso per l'opera svolta nella misura del risultato utile che ne sia derivato al cliente. Non è dunque previsto che, in caso di recesso, il professionista porti a termine l'incarico affidatogli dal committente.

Ne consegue che clausole siffatte devono ritenersi vessatorie laddove prevedano che "il Legale porterà a termine gli Incarichi affidati, salvo diversa determinazione della Società". Lo squilibrio contrattuale di cui tale clausola è espressione risulta evidente anche in ragione della circostanza che essa affida l'esecuzione delle prestazioni professionali dedotte in contratto alla determinazione di una sola parte della Convenzione, ossia la Società committente.

Un ulteriore profilo di vessatorietà deve rinvenirsi nella parte residua della clausola sulla determinazione del compenso. Il compenso deve essere determinato secondo i parametri stabiliti dal regolamento ministeriale.

e) domiciliazione.

Si riscontrano poi clausole di questo tenore:

"In linea di principio non sono previste ipotesi di domiciliazione; pertanto, non saranno riconosciuti compensi e spese a tale titolo. Nella sola ipotesi in cui il Legale non disponga di una sede del proprio studio nella circoscrizione territoriale del giudice - ovvero dell'organismo di mediazione - davanti al quale è chiamato a svolgere il suo incarico, questi potrà avvalersi, d'intesa con la Società e per le sole attività procuratorie, dell'opera di domiciliatari. L'individuazione del domiciliatario sarà di norma effettuata dal Legale, previa comunicazione del nominativo alla Società, che si riserva tuttavia la facoltà di esprimere il gradimento.

Il legale sarà pienamente responsabile per l'operato dei domiciliatari e per il pagamento dei relativi compensi; in nessun caso la nomina di un domiciliatario da parte del Legale potrà avere l'effetto di derogare ai criteri di determinazione del compenso pattuito fra e Parti con la presente Convenzione.

Il Legale si impegna, inoltre, a segnalare tempestivamente alla Società eventuali comportamenti dei domiciliatari che possano incidere sulla corretta esecuzione dell'Incarico".

Anche questa clausola è normalmente annoverata, dalle convenzioni tra quelle che, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., l'avvocato dichiara di "approvare specificamente per iscritto [...] dopo attento esame e rilettura". Tuttavia, la clausola in esame non deve ritenersi vessatoria in quanto le previsioni in essa contenute devono essere valutate alla luce di altre possibili clausole contenute nelle convenzioni per le quali "nell'ipotesi in cui [...] il Legale dovesse avvalersi dell'opera di domiciliatari ed in ragione dell'attività da essi svolta, il compenso [...] verrà incrementato del 20%".

La previsione dell'incremento del compenso, nel caso in cui l'avvocato si avvalga dell'opera di un domiciliatario per lo svolgimento dell'incarico professionale conferitogli dalla Società, esclude che le clausole in esame ricadano sotto l'ipotesi di vessatorietà di cui all'art. 13-bis, comma 5, lett. c), relativo alle clausole che attribuiscono al cliente la "facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che l'avvocato deve eseguire a titolo gratuito".

Inoltre, non deve ritenersi vessatoria la clausola che prevede che "il legale sarà pienamente responsabile per l'operato dei domiciliatari", giacché l'avvocato, con l'accettazione dell'incarico, "ne assume la responsabilità personale illimitata" e, se si fa sostituire o coadiuvare da altri avvocati o praticanti, "rimane personalmente responsabile verso i clienti" (art. 14, commi 2 e 3, legge forense). Così dispone anche l'art. 2232 cod. civ., ai cui sensi "il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto. Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione".

Secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte, "l'avvocato (dominus) che si affida ad un altro collega risponde di fronte al cliente anche del suo operato, così come risponde al domiciliatario del fondo spese (che di norma il domiciliatario chiede al dominus, non certo al suo cliente, con cui di solito non intrattiene alcun rapporto)". Inoltre, "la delega conferita dal difensore ad un collega, perché lo sostituisca in udienza, rappresenta un atto tipico di esercizio dell'attività professionale, indirizzato all'espletamento dell'incarico ricevuto dal cliente, poiché il sostituto, nell'eseguire la delega intervenendo nel processo in forza di essa e senza avere ricevuto direttamente alcun mandato dal cliente del sostituito, opera solo quale longa manus di quest'ultimo e l'attività processuale da lui svolta è pertanto riconducibile soltanto all'esercizio professionale del sostituto ed è come se fosse svolta dallo stesso" (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 25.05.1999, n. 289).

f) compenso.

La disciplina della professione forense era improntata alla libertà di definizione del compenso, salvo il premio (palmario) e la declaratoria di nullità della clausola che preveda il patto di quota lite. La introduzione dei parametri ha costituito soltanto un modello a cui si può ispirare il giudice nel caso le parti non vi abbiano provveduto o siano in conflitto sulla determinazione dell'ammontare del compenso (cfr. par. 6). Le parti sono ancora libere di determinare il compenso, ma si deve osservare da un lato che la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nel recente caso sopra menzionato, ha confermato che ove vi siano tariffe predisposte da un soggetto terzo (come potrebbe essere un Ministero), esse non si pongono in conflitto con la disciplina della concorrenza (cfr. CGUE, Sez. I, 08.12.2016, cause riunite C-532/15 e C-538/15); dall'altro lato, che la legge professionale distingue tra *compenso e spese*, ma intende il compenso come il "corrispettivo", il quale non necessariamente deve essere espresso in numerario, ma potrebbe essere espresso in numerario più prestazioni aggiuntive, che incidono sul corrispettivo complessivo. Ad es., se l'avvocato è richiesto di fare alcunché al di là della difesa in senso stretto, ciò che fa deve essere remunerato e vale ai fini della determinazione del compenso. Come si è visto, poiché il legislatore ha collegato la nozione di "equo compenso" ai parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014 (art. 13-bis, comma 2, della legge forense), i criteri di determinazione del compenso dovranno necessariamente adeguarsi ai parametri forensi per sottrarsi ad un controllo giudiziario sfavorevole.

Dunque, le clausole che prevedono un compenso non conforme ai parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014 devono ritenersi vessatorie, e quindi nulle ai sensi dell'art. 13-bis della legge forense. Al caso di specie trova pertanto applicazione l'art. 13-bis, comma 10, della legge forense, ai cui sensi "*il giudice, accertata la non equità del compenso [...], dichiara la nullità della clausola e determina il compenso dell'avvocato tenendo conto dei parametri*" di cui al D.M. n. 55 del 2014. Le clausole nulle, dunque, sono sostituite di diritto da norme imperative ai sensi dell'art. 1419, comma 2, cod. civ

g) spese.

Il capitolo delle spese costituisce uno dei più tormentati dell'intera vicenda.

Si riscontrano spesso clausole di questo tenore:

"Gli importi indicati nella tabella sono determinati in maniera pattizia e sono da intendersi comprensivi anche del rimborso delle spese forfetarie [...] da intendersi calcolate nella misura del 15% del compenso".

Anche tali clausole sono annoverate, nell'ambito delle stesse convenzioni, tra quelle che, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., l'avvocato dichiara di "*approvare specificamente per iscritto [...] dopo attento esame e rilettura*".

La vessatorietà delle clausole in esame deve essere valutata alla luce di quanto disposto dall'art. 13, comma 10, della legge forense, ai cui sensi "*oltre al compenso per la prestazione professionale, all'avvocato è dovuta [...] una somma per il rimborso delle spese forfetarie, la cui misura massima è determinata dal decreto di cui al comma 6 [D.M. 10 marzo 2014, n. 55], unitamente ai criteri di determinazione e documentazione delle spese vive*".

L'art. 2, comma 2, D.M. n. 55 del 2014 dispone che "*oltre al compenso e al rimborso delle spese documentate in relazione alle singole prestazioni, all'avvocato è dovuta [...] una somma per rimborso spese forfetarie di regola nella misura del 15 per cento del compenso totale per la prestazione, fermo restando quanto previsto dai successivi articoli 5, 11 e 27 in materia di rimborso spese per trasferta*".

Per quanto concerne le trasferte, di solito:

"Le spese per le trasferte del Legale sono rimborsate nei limiti soltanto se previamente autorizzate per iscritto dalla Società. In caso di utilizzo di autoveicolo proprio, è riconosciuta un'indennità chilometrica pari a un quinto del costo del carburante al litro, oltre alle spese documentate di pedaggio autostradale e parcheggio". Anche tale clausola è annoverata tra quelle che, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., l'avvocato dichiara di "*approvare specificamente per iscritto [...] dopo attento esame e rilettura*".

Tuttavia una clausola siffatta determina un "*significativo squilibrio contrattuale*" a carico dell'avvocato, giacché quest'ultimo rinuncia, sia pure solo in parte, al rimborso delle spese sostenute per lo svolgimento dell'incarico professionale. Tale clausola, dunque, ricade nell'ipotesi di vessatorietà di cui all'art. 13-bis, comma 5, lett. e), della legge forense. Non è invece ravvisabile alcun profilo di vessatorietà della clausola in esame nella parte in cui prevede un'indennità chilometrica per le spese di viaggio in caso di utilizzo di un autoveicolo di proprietà dell'avvocato. La previsione contenuta nell'art. 9.2 della Convenzione Unipol, infatti, ricalca fedelmente quanto disposto dall'art. 27, D.M. n. 55 del 2014.

h) pluralità di cause.

Se vi sono cause seriali spesso si incontra una clausola del seguente tenore:

"Nel caso in cui il Legale assista e difenda la Società e/o per conto della stessa i propri assicurati, in separati giudizi relativi al medesimo oggetto o comunque in giudizi connessi, il compenso deve intendersi ridotto per ciascuno incarico del 30% e qualora siano di numero superiore a 10 (dieci), deve intendersi ridotto del 50%. Nel caso in cui i giudizi vengano riuniti in un solo procedimento, il compenso relativo a ciascun incarico sarà ridotto del 30%".

Tale clausola sopraindicata è annoverata, nell'ambito della stessa convenzione, tra gli articoli che, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., l'avvocato dichiara di "*approvare specificamente per iscritto [...] dopo attento esame e rilettura*". Con la nuova previsione normativa dell'articolo 13-bis della legge forense il legislatore, come più volte evidenziato, ha sancito la vessatorietà delle clausole contenute nelle convenzioni che determinano, "*anche in ragione della non equità del compenso pattuito*" un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato; specificando, altresì, che il compenso è da ritenersi equo quando "*risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto*".

Ciò premesso, la riduzione dell'onorario dell'avvocato (e quindi la non equità del compenso per l'attività svolta), per l'ipotesi in cui il legale si ritrovi ad assistere la Società in separati giudizi relativi al medesimo oggetto o comunque in giudizi connessi, determina chiaramente uno squilibrio contrattuale, in violazione dell'articolo 13-bis della legge forense.

Pertanto, si evidenzia la vessatorietà della clausola prevista dall'articolo 7.1.4.2 della Convenzione che, non riconoscendo un equo compenso all'avvocato per l'attività svolta, determina un "*significativo squilibrio contrattuale*" da cui il legislatore ha inteso proteggere l'avvocato nei rapporti con imprese bancarie e assicurative o altre grandi imprese.

i) recupero spese legali.

Spesso la controparte dell'avvocato trattiene le spese legali, e liquida all'avvocato solo quelle minime; in tal caso la clausola è certamente vessoria; per contro, altre controparti riversano all'avvocato tutto l'importo liquidato a titolo di spese.

I) anticipi.

Di solito gli anticipi non sono consentiti, a meno che non vi siano spese di giudizio o per estinguere debiti verso terzi, salvi accordi tra le parti.

L a clausola in esame non deve ritenersi vessatoria.

Alla facoltà dell'avvocato di chiedere un anticipo sul compenso (art. 29 Codice deontologico forense) certamente non corrisponde l'obbligo del cliente di corrisponderlo.

m) pagamenti.

I tempi dei pagamenti dei compensi sono spesso dilazionati. La clausola in esame determina uno squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato, giacché l'art. 13-bis, comma 5, lett. f), della legge forense considera vessatorie le clausole che prevedono “*termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente*”.

Ne consegue che la clausola in esame deve ritenersi vessatoria in quanto, con l'aggiunta “*fine mese*”, consente di sfornare il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 13-bis, comma 5, lett. f), della legge forense.

n) foro competente.

L'imposizione del foro competente della committente potrebbe essere vessatoria se richiede un aggravio eccessivo per l'avvocato.

o) clausola arbitrale

La clausola arbitrale non è contemplata nell'elenco dell'art. 13 bis; potrebbe essere vessatoria se l'avvocato è costretto ad avvalersi di un collegio arbitrale impostogli dalla controparte o una corte arbitrale per arbitrato amministrato scelta dalla controparte, per evidente squilibrio.

6. Nullità delle clausole.

Come si è visto, la tutela riconosciuta dalle disposizioni in esame agli avvocati – in quanto contraenti deboli che traggono pregiudizio dallo squilibrio contrattuale – consiste nell'azione diretta a far dichiarare la nullità delle clausole vessatorie contenute nelle convenzioni di cui all'art. 13-bis, comma 1, della legge forense.

Siffatta azione, non soggetta a prescrizione ex art. 1422 cod. civ., può essere liberamente esperita in ogni momento dal professionista (avvocato), giacché l'art. 1, comma 487, lett. d), legge 27 dicembre 2017, n. 205, ha abrogato l'art. 13-bis, comma 9, in forza del quale l'azione diretta alla dichiarazione di nullità di una o più clausole delle convenzioni doveva essere “*proposta, a pena di decadenza, entro ventiquattro mesi dalla data di sottoscrizione delle convenzioni medesime*”.

L'abrogazione di tale disposizione conferma la volontà del legislatore di conferire pienezza ed effettività alla tutela del lavoro autonomo e, di conseguenza, espone maggiormente i cd. “committenti forti” al pregiudizio derivante dalla declaratoria di nullità delle clausole vessatorie.

Si tratta di *nullità di protezione*, che può essere fatta valere solo dalla parte per la quale il rimedio è predisposto, cioè dall'avvocato. Lo specifica esplicitamente e chiaramente il testo della norma in esame all'art. 8 seconda parte (“La nullità opera soltanto a vantaggio dell'avvocato”). È nullità relativa e parziale, ma si discute se possa essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Per quanto concerne la legittimazione ad agire, il soggetto che può far valere la nullità, come si è detto, è soltanto l'avvocato, in quanto contraente debole che il legislatore ha voluto tutelare inserendo nell'impianto della legge forense la

nullità in esame, che, per espressa previsione dell'art. 13-bis, comma 8, “*opera soltanto a vantaggio dell'avvocato*”. Sulla restrizione della legittimazione ad agire in capo all'avvocato non sembrano residuare dubbi, sicché non occorre indugiare oltre su tale profilo, mentre sembra opportuno soffermarsi sulla rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 cod. civ. della nullità di protezione in esame. Giova infatti mettere in luce che, mentre l'art. 36, comma 3, del Codice del consumo prevede che la nullità delle clausole vessatorie “*può essere rilevata d'ufficio dal giudice*”, l'art. 13-bis della legge forense tace sul punto, sicché è utile richiamare la più recente giurisprudenza di legittimità per far luce su tale delicato profilo.

A partire dal 2014, la Suprema Corte ha superato l'orientamento che escludeva il rilievo officioso ex art. 1421 cod. civ. delle nullità di protezione. Il precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità, infatti, riteneva che, in caso di nullità di protezione, “*il rilievo del vizio genetico [fosse] esplicitamente rimesso alla volontà della parte*” protetta (cfr. ex plurimis Cass. civ., S.U., 04.09.2012, n. 14828; Cass. civ., Sez. I, 12.07.2013, n. 17257). La successiva giurisprudenza di legittimità, conferendo rilievo al ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale, ha ricondotto ad unità funzionale le diverse fattispecie di nullità. In particolare, la Corte di cassazione ha affermato che il giudice di merito ha sempre “*il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti ex actis, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso*” (cfr. ex plurimis Cass. civ., Sez. VI, 07.07.2017, n. 16977).

Questo orientamento, che si è progressivamente consolidato a partire dal 2014, ha il pregio di mettere in luce che anche le nullità di protezione, in quanto species del più ampio genus delle nullità negoziali, sono “*volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica), ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina delle nullità emergenti dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di «ordine pubblico di protezione»*” (cfr. in particolare Cass. civ., Sez. Unite, 12.12.2014, n. 26242). Ne consegue che l'esclusione del rilievo officioso ex art. 1421 cod. civ. delle nullità di protezione si risolverebbe in un minor contrasto degli squilibri contrattuali subiti dai contraenti deboli e, dunque, in una più blanda tutela dell'interesse generale.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la Suprema Corte ha concluso che il rilievo officioso delle nullità di protezione è “*essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti – quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost., e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica –, con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela*” (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 12.12.2014, n. 26242).

Tutto ciò premesso, l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sopra sinteticamente delineata consente di superare agevolmente le difficoltà interpretative poste dal silenzio serbato dall'art. 13-bis della legge forense in ordine al rilievo

officioso della nullità di protezione in esame. Tale nullità, dunque, può essere rilevata d'ufficio dal giudice *ex art. 1421 cod. civ.*, ma soltanto nell'interesse della parte protetta, la quale conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene, perché, ad esempio, ha valutato la clausola stessa in termini di maggior convenienza, nonostante la sua invalidità. In questo caso, il giudice, dopo aver obbligatoriamente rilevato la nullità in questione, non potrà dichiararla in sentenza, neanche in via incidentale. Questa è una ragione aggiuntiva a quella sopra esposta, che induce a ritenere assoggettati alla disciplina della legge tutti i rapporti contrattuali tra avvocati e banche e compagnie di assicurazione, anche se derivanti da una proposta dell'avvocato, e sempre che l'avvocato se ne voglia avvalere.

In tal senso, le Sezioni Unite della Suprema Corte, con specifico riferimento alle fattispecie delle nullità di protezione, hanno affermato che, “*se il giudice rileva la nullità di una singola clausola (si pensi a una illegittima deroga al principio del foro del consumatore), e la indica come possibile fonte di nullità alla parte interessata, quest'ultima conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa sia decisa nel merito (perché, ad esempio, ha valutato la clausola stessa in termini di maggior convenienza, nonostante la sua invalidità). In questo caso il giudice, dopo averla (obbligatoriamente) rilevata, non potrà dichiarare in sentenza, nemmeno in via incidentale, la relativa nullità*” (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 12.12.2014, n. 26242).

La trattativa individuale o la conferma della clausola da parte dell'avvocato non valgono ad escludere la vessatorietà, e quindi la nullità della clausola (v. c.7), di cui si è detto).

7. Conservazione del contratto.

L'art. 13-bis, comma 8, della legge forense dispone che le clausole considerate vessatorie sono nulle, “*mentre il contratto rimane valido per il resto*”. È questa una dizione ripresa dal codice del consumo.

Siffatta previsione è espressione, nei termini che si confida di chiarire innanzi, del principio generale della conservazione del contratto *ex art. 1419 cod. civ.*, ma, prima ancora di venire a tale profilo, è opportuno far luce su cosa abbia inteso il legislatore con la formula “*per il resto*” (che ricorre negli stessi identici termini anche nell'art. 36, comma 1, del Codice del consumo).

Si deve pertanto chiarire cosa residui delle convenzioni di cui all'art. 13-bis, comma 1, della legge forense una volta che sia intervenuta la declaratoria di nullità di una o più clausole in esse contenute. Tale indagine deve essere condotta prendendo le mosse proprio dalle clausole che sono state oggetto della declaratoria di nullità, giacché il “*significativo squilibrio contrattuale*” che esse determinano a carico dell'avvocato, come si è visto, può assumere molteplici ed eterogenee declinazioni. Le clausole contenute nelle convenzioni, infatti, possono essere vessatorie in quanto determinano un compenso non equo *ex art. 13-bis, comma 2*, oppure in quanto impongono condizioni cd. “capestro”, quali quelle espresamente disciplinate dal legislatore all'art. 13-bis, comma 5. Si deve pertanto distinguere a seconda che la vessatorietà riguardi: *i) clausole relative al compenso; ii) clausole relative ad altri profili del rapporto professionale regolato dalle convenzioni.*

Nel caso sub *i*), trova applicazione la disposizione di cui all'art. 13-bis, comma 10, ai cui sensi il giudice, una volta dichiarata la nullità della clausola vessatoria, “*determina il compenso dell'avvocato tenendo conto dei parametri previsti dal regolamento*” di cui al D.M. 10 marzo 2014, n. 55. Ne con-

segue che, in tale ipotesi, opera la regola secondo cui la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative ai sensi dell'art. 1419, comma 2, cod. civ. Dunque, una volta che il giudice ha determinato il compenso equo che sostituisce quello fissato dalla clausola dichiarata nulla, “*il resto*” del contratto “*rimane valido*”, sicché tutti gli altri profili dell'assetto di interessi regolato dalla convenzione rimangono inalterati.

Nel caso sub *ii*), invece, il giudice deve limitarsi a dichiarare la nullità della clausola vessatoria, senza che operi alcuna inserzione automatica di clausole *ex art. 1339 cod. civ.* Ne consegue che dal rapporto professionale regolato dalla convenzione sono espunte soltanto le clausole vessatorie, in modo tale da correggere il “*significativo squilibrio contrattuale*” che esse avevano determinato a carico dell'avvocato. Tuttavia, è possibile che la convenzione, in seguito alla dichiarazione della nullità di una o più clausole in essa contenute, diventi anch'essa nulla *ex art. 1418, comma 2, cod. civ.* per mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 cod. civ. Così pure è possibile che, una volta espunte le clausole considerate vessatorie, al residuale assetto di interessi regolato dalla convenzione trovi applicazione la previsione di cui all'art. 1419, comma 1, cod. civ., ai cui sensi “*la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*”.

Ciò premesso, è sin da subito possibile rilevare che l'estensione degli effetti della nullità delle singole clausole vessatorie all'intera convenzione costituisce una deroga al principio generale della conservazione del contratto. Ne consegue che l'estensione della nullità all'intera convenzione può essere dichiarata dal giudice soltanto in presenza di una eccezione della parte che vi abbia interesse perché senza quelle clausole non avrebbe stipulato il contratto (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. III, 21.05.2007, n. 11673; Cass. civ., Sez. III, 30.09.2009, n. 20948).

Dunque, poiché la previsione in forza della quale “*il contratto rimane valido per il resto*” è espressione del principio generale della conservazione del contratto, è possibile concludere che l'ordinamento giuridico – e con esso l'attività ermeneutica del giudice, volta a indagare anche la volontà delle parti per valutare se esse avrebbero o meno concluso l'accordo senza quella parte affetta da nullità – riducono al massimo l'estensione degli effetti della nullità delle singole clausole vessatorie all'intera convenzione.

Così prevedono spesso anche molte convenzioni : “*Qualora, per qualsivoglia motivo, talune disposizioni della presente Convenzione fossero o divenissero invalide o inefficaci, ovvero fossero dichiarate tali da un'autorità competente, le Parti si impegnano a negoziare in buona fede la sostituzione di tali disposizioni invalide con nuove disposizioni che abbiano, per quanto possibile, il medesimo fine di quelle invalide e siano conformi alla normativa vigente*”.

V'è un'ulteriore considerazione che conferma il principio generale della conservazione del contratto: la previsione in forza della quale “*il contratto rimane valido per il resto*” è espressione, oltre che del principio ora ricordato, anche della ratio constitutiva della nullità di protezione prevista dall'art. 13-bis, della legge forense. Ne consegue che, se la declaratoria di nullità travolgesse l'intero assetto di interessi regolato dalla Convenzione, la nullità di protezione introdotta dal legislatore cesserebbe fatalmente di operare “*soltanto a vantaggio dell'avvocato*” (art. 13-bis, comma 8), essendo evi-

dente che il contraente debole non trarrebbe alcun vantaggio dall'estensione della nullità all'intero assetto di interessi regolato dalla Convenzione.

Nel caso di nullità delle singole clausole, se quanto residua soddisfa i requisiti della completezza del contratto, non sussistono problemi. In caso di nullità dell'intero contratto, si dovranno applicare le restituzioni: il pagamento delle prestazioni effettuate però è d'obbligo e potrà avvenire secondo l'applicazione dei parametri; l'avvocato dovrà restituire quanto già percepito in eccesso rispetto ai predetti parametri.

Sulla legittimazione ad agire la nuova disciplina non dispone nulla a proposito dell'azione di classe, eventualmente promossa dagli ordini forensi o dal CNF.

Si deve però segnalare la giurisprudenza di merito che in materia di contratti bancari del consumatore considera, sulla base di decisioni dell'ABF, che l'uso di clausole vessatorie nei contratti configuri una pratica commerciale sleale, con le conseguenze risarcitorie e sanzionatorie previste dal Codice del consumo. Ora, non è possibile estendere analogicamente la disciplina speciale dei contratti del consumatore, ma la sussistenza di una pratica commerciale sleale può essere sempre sostenuta, salvo il sindacato giudiziale. E l'azione può essere promossa dagli enti rappresentativi degli interessi collettivi degli iscritti, quindi dai singoli Ordini professionali e dal Consiglio nazionale forense, come per i consumatori si ammette la legittimazione attiva delle associazioni di categoria.

Si discute però, anche in analogia con il Jobs Act (Ferraro, *Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica*, in *Corr.giur.* 2018, n. 2, p. 224) se si possa invocare il principio ormai di tenore generale dell'abuso di dipendenza economica, originariamente introdotto con la legge sulla subfornitura (1998 n. 912), che porterebbe al risarcimento del danno subito per la imposizione di clausole abusive, e se si possano inibire le clausole vessatorie con procedimento d'urgenza.

Sono diversi quindi i rimedi a cui può ricorrere l'avvocato oltre al rimedio della nullità –per sottrarsi all'impero delle clausole-capestro.

8. “Equo compenso” e parametri.

L'art. 13-bis, comma 2, della legge forense collega la nozione di “equo compenso” ai parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014, disponendo che “*si considera equo il compenso determinato nelle convenzioni [...] quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6*”.

Come è noto, i parametri hanno sostituito le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico, abrogate dall'art. 9, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Tale disposizione prevede altresì che, “ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1, nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante” (comma 2).

Le ipotesi di ricorso ai parametri per la liquidazione del compenso degli avvocati sono state progressivamente estese dal legislatore, giacché l'art. 13, comma 6, della legge forense dispone che i parametri si applicano, oltre che in caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, anche “quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato

determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge”.

I parametri operano come fattori di concretizzazione della liquidazione del compenso professionale, che muove da valori medi (indicati nelle tabelle indicate allo stesso D.M. n. 55 del 2014), ai quali il giudice può applicare aumenti e diminuzioni secondo queste percentuali: aumento fino all'80 per cento, diminuzione fino al 50 per cento; per la fase istruttoria, l'aumento è possibile fino al 100 per cento e la diminuzione fino al 70 per cento.

Inoltre, poiché non sussiste più il vincolo legale della indrogabilità dei minimi tariffari previsto dal precedente sistema di liquidazione degli onorari professionali, i parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014 “costituiscono solo criteri di orientamento della liquidazione del compenso, individuando, al contempo, la misura economica standard (quella media) del valore della prestazione professionale”. Ne consegue che “*solo in caso di scostamento apprezzabile dai valori medi della tabella allegata al D.M. n. 55 del 2014 il giudice è tenuto ad indicare i parametri che hanno guidato la liquidazione del compenso; scostamento che può anche superare i valori massimi o minimi determinati in forza delle percentuali di aumento o diminuzione, ma in quest'ultimo caso fermo restando il limite di cui all'art. 2233 c.c., comma 2, che preclude di liquidare, al netto degli esborsi, somme praticamente simboliche, non consona al decoro della professione*” (cfr. ex plurimis Cass. civ., Sez. VI, 31.01.2017, n. 2386; Cass. civ., Sez. VI-2, 16.11.2017, n. 27263; Cass. civ., Sez. VI-3, 15.12.2017, n. 30286; Cass. civ., Sez. VI-3, 18.12.2017, n. 30351).

Per completezza dell'illustrazione del quadro normativo in cui si inseriscono le convenzioni di cui all'art. 13-bis, comma 1, della legge forense, è utile rilevare che i parametri per la liquidazione del compenso degli avvocati sono emanati dal Ministero della giustizia, su proposta del CNF, ogni due anni. Si deve inoltre segnalare che è in corso la registrazione presso la Corte dei Conti del decreto ministeriale che prevede la definizione di nuovi parametri forensi migliorativi rispetto a quelli attualmente vigenti. I nuovi parametri introducono un limite, non derogabile dal giudice, alla possibilità di riduzione. Si tratta di un limite correlato ai concetti di dignità e decoro della prestazione (peraltro ribaditi anche dal codice civile, oltre che dalla legge professionale forense) dunque di esercizio della professione, per cui l'accettazione di parametri inferiori potrebbe comportare per l'avvocato riflessi di natura deontologica.

La nuova disciplina prevede anche un art. 4 bis riguardante “gli agenti delle riscossioni”. In questo caso, attesa la ripetitività dell'attività, è consentito derogare ai parametri ma sempre conservando l'adeguatezza dei compensi alla importanza dell'opera.

Anche la pubblica Amministrazione è tenuta a garantire l'equo compenso, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività.

9. Diritto intertemporale.

Poiché la nuova disciplina nulla prevede a proposito dei contratti in corso, occorre risolvere i problemi di diritto intertemporale in via interpretativa.

Innanzitutto, la nullità *sopravvenuta* delle clausole contrarie all'equo compenso, di cui alla lista prevista dal c.5 dell'art. 13 bis novellato. È opinione prevalente che la nullità sopravvenuta possa dispiagare effetto solo per i contratti non

perfetti o esauriti. Per i contratti esauriti, poiché la nullità sopravvenuta incide sugli effetti e non sull'atto (Secondo Santoro-Passarelli, seguito da Gentili, ma la questione è tuttora controversa in dottrina), non è possibile ricorrere al rimedio della nullità delle clausole perché il contratto non produce più alcun effetto.

Nel caso di contratti in corso, trattandosi di contratti di durata ma non a consegne ripartite, anche per le cause che sono state concluse è possibile far valere la nullità delle clausole di cui è sopraggiunta la nullità. A meno che la convenzione (o il contratto individuale) non precisino che ogni incarico ha una sua autonomia, e se la causa si è conclusa ed è considerata separatamente rispetto alla prosecuzione del rapporto, non è possibile recuperare per il passato quanto dovuto in più in considerazione della insufficienza della remunerazione con riguardo all'equità del compenso.

Per quanto riguarda la fatturazione, che normalmente è richiesta dalla controparte dell'avvocato, occorre fare alcune precisazioni.

Innanzitutto la sua natura. Trattasi di documento commerciale, emesso secondo disposizioni di legge e previdenziali, che ha anche finalità di mero indizio a fini probatori, ma non costituisce piena prova (nell'amplissima giurisprudenza v. da ultimo Cass. 13.1.2014, n. 462).

L'avvocato che evidensi in fattura crediti calcolati secondo vecchi parametri e clausole non ancora ritenute in contrasto con l'equo compenso, dà adito ad un comportamento equivoco, che può essere inteso o come una rinuncia a far valere i nuovi rimedi, e quindi ad accettare i compensi originariamente accettati, oppure come richiesta di un anticipo rispetto ai compensi definitivi. Occorre che l'avvocato specifichi le sue intenzioni nel momento in cui emette fattura.

Il ricorso al rimedio della nullità è facoltativo, perché la legge ne predica la conformità all'equità.

L'avvocato può transigere per il passato, concludere una nuova convenzione, che avrà dunque effetto novativo, ma se accetta i vecchi parametri potrebbe esporsi alla sanzione disciplinare per violazione del codice deontologico, essendo il suo comportamento scorretto anche ai fini della concorrenza professionale.

Note:

(1) In questo senso v. Colavitti, "Fondato sui lavori". *Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in corso di pubblicazione sulla Rivista telematica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti.

(2) Come accade per i contratti dei consumatori, art. 36 del Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) la cui rubrica è appunto formulata in questi termini. Sul punto v. Alpa e Rossi Carleo, Il codice del consumo, Napoli, 2007; Cuffaro (cur.), Codice del consumo, Milano, 2015, p. 316 ss.

(3) Sul punto v. Alpa e Catricalà, Il diritto dei consumatori, Bologna, 2017

*Genitori e figli nelle unioni civili**

Gilda Ferrando

Ordinario nell'Università di Genova

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'esercizio della responsabilità dei genitori. - 3. L'adozione. - 4. La procreazione medicalmente assistita.

1. Premessa.

La legge n. 76/2016 istituisce le unioni civili tra persone dello stesso sesso. Alle coppie dello stesso sesso viene offerta la possibilità di costituire in forma pubblica un vincolo fonte di diritti e doveri reciproci pienamente riconosciuto e tutelato dall'ordinamento. Le unioni civili non sono il matrimonio. Nel diritto italiano il matrimonio è ancora riservato in via esclusiva a coppie di sesso diverso. Le unioni civili, tuttavia, condividono con il matrimonio gli aspetti essenziali, sia per quel che riguarda il momento costitutivo sia per quanto riguarda gli effetti, i reciproci diritti e doveri e la rilevanza nei confronti dei terzi e della collettività. La clausola generale di equivalenza contenuta nel comma 20 dell'art. 1, l. 76, rende applicabili alle unioni civili tutte «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio» e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o «termini equivalenti» contenute nelle leggi o in altre fonti normative. Tale regola generale tuttavia non si applica alle norme del codice civile e all'adozione.

La principale differenza tra unioni civili e matrimonio non riguarda la relazione di coppia, ma i rapporti con i figli. La legge n. 76/2016 ha escluso che alle unioni civili si applichino gli artt. 231 (presunzione di paternità), 147 e 148 (doveri dei coniugi nei confronti dei figli) c.c. Sempre con riguardo al tema delle relazioni tra genitori e figli non viene richiamato l'art. 6 della legge sul divorzio.

Sembra quasi che la legge abbia voluto escludere che le coppie dello stesso sesso possano avere figli, ma non è così. Nella vita reale non è infrequente che coppie dello stesso sesso crescano figli avuti da precedenti unioni o frutto di un progetto comune (nati per fecondazione eterologa o maternità surrogata all'estero). Non si può neppure escludere che vi siano figli generati da entrambi i partner, come nel caso di conversione in unione civile del matrimonio in seguito al mutamento di sesso di uno dei coniugi. Dalla coppia potrebbero essere nati dei figli e potrebbero nascerne anche in seguito al mutamento di sesso, tenuto conto del fatto che l'intervento chirurgico non è più condizione necessaria per la rettifica degli atti di stato civile (1).

2. L'esercizio della responsabilità dei genitori.

Il legislatore ha chiuso gli occhi di fronte a questa realtà, preoccupato di sottolineare le differenze con il matrimonio. Va peraltro considerato che il mancato richiamo agli artt. 147 e 148 c.c. non sembra decisivo dato che si tratta ormai di norme di rinvio, che richiamano per i coniugi la disciplina generale dei diritti e doveri nei confronti dei figli e della responsabilità genitoriale contenuta negli artt. 315 ss. c.c. E altrettanto si può dire per l'art. 6 l. div., dato che la disciplina generale della responsabilità genitoriale in seguito alla rottura della vita comune è contenuta negli artt. 337 bis ss. cod. civ.

La nuova legge non può essere isolata dal sistema complessivo delle regole e dei principi che governano la filiazione. Una volta che lo *status* è legalmente costituito, la relazione tra genitori e figli è pienamente tutelata e regolata in modo uniforme dal codice

* Relazione al convegno New Families New Challenges, organizzato dalla Fédération des Bureaux d'Europe, Bologna, 17-19 maggio 2018

civile (artt. 315 ss. c.c.).

Il principio di non discriminazione e di tutela dei diritti del bambino deve costituire il criterio guida per affrontare le questioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale sia nel corso della vita comune sia in seguito alla sua cessazione. Lo ha messo in chiaro la Corte di Cassazione quando ha affermato che l'omosessualità della madre, la sua convivenza con un'altra donna, non la rende inidonea a prendersi cura dei figli nati dal precedente matrimonio. In senso contrario non ci sono «certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale» ed in forza dei quali «si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino» (2). Con una storica sentenza la Corte Europea dei diritti umani aveva a sua volta chiarito che quella fondata sull'orientamento sessuale è «una distinzione che la Convenzione non tollera», sulla cui base non è ammissibile negare al padre, che convive con una persona dello stesso sesso, il diritto di visita e l'affidamento della figlia avuta da una precedente relazione coniugale eterosessuale (3).

Da un lato, dunque, il fatto che il genitore sia omosessuale non può costituire di per sé ostacolo all'esercizio dei diritti e doveri nei confronti del figlio, dall'altro una volta che lo *status* viene legalmente accertato esso è pienamente tutelato dalla legge.

3. L'adozione.

Il principale problema riguarda la possibilità di stabilire legalmente il rapporto di filiazione nei confronti di due donne o di due uomini dato che nelle coppie dello stesso sesso entrambi sono genitori intenzionali ma uno solo è anche genitore genetico.

La formalizzazione del rapporto di filiazione nei confronti del genitore intenzionale mira ad ottenere le garanzie giuridiche che lo mettano al riparo dai rischi (ad esempio, per il caso di morte del genitore biologico, o di rottura della vita comune) e dalle incertezze che lo caratterizzano nei confronti dei terzi (si pensi alle istituzioni scolastiche o sanitarie). Intende garantire la stabilità e la continuità delle relazioni affettive esistenti nella vita familiare e sociale del bambino.

Le coppie dello stesso sesso possono diventare genitori o con l'adozione o con le tecniche di PMA (fecondazione eterologa se si tratta di due donne, GPA se si tratta di due uomini).

La legge italiana, tuttavia, non consente né l'una né l'altra. La l. n. 76 non ammette le coppie dello stesso sesso all'adozione, la legge n. 40/2004 non consente loro l'accesso alle tecniche di PMA in quanto lo riserva solo alle coppie di sesso diverso affette da sterilità o infertilità (artt. 4, 5, l. n. 40).

Per quanto riguarda l'adozione, l'art. 1, comma 20 della l. n. 76 stabilisce che il c.d. principio di equivalenza non si applica «alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184», fermo restando, peraltro, «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» (c.d. «clausola di salvaguardia»). Il comma 20, si badi bene, non dice che la legge sull'adozione non si applica alle unioni civili. Dichiara invece inapplicabile la regola generale contenuta nella sua prima parte. Il riferimento, dunque è esclusivamente alle disposizioni della l. n. 184/1983 relative al matrimonio o che contengono le parole coniuge, coniugi o simili (4): sono soltanto queste le disposizioni che non si applicano alle coppie unite civilmente.

Il tenore letterale del comma 20 impedisce quindi che le coppie dello stesso sesso possano adottare minori in stato di abbandono (art. 6, l. n. 184) perché l'adozione dei minori è riservata alle coppie coniugate da almeno tre anni. Impedisce inoltre che possano procedere alla c.d. *stepchild adoption* (art. 44, lett. b), l. n. 184),

dato che la lett. b) fa riferimento all'adozione da parte del coniuge.

Per quanto riguarda l'adozione, si pongono due problemi: se sia ammissibile il riconoscimento dell'adozione di un minore abbandonato effettuata all'estero da parte di una coppia dello stesso sesso che vi risieda stabilmente (art. 36, c. 4, l. n. 184/1983, art. 41, l. 218/1995);

se sia ammissibile l'adozione in casi particolari a favore del partner del genitore genetico sulla base non della lett. b) dell'art. 44 - che prevede l'adozione in casi particolari a favore del coniuge - ma sulla base della lett. d) che prevede l'adozione in casi particolari se vi sia «impossibilità di affidamento preadottivo».

All'una e all'altra domanda la giurisprudenza ha dato risposta positiva:

ha ammesso in alcuni casi il riconoscimento dell'adozione effettuata all'estero (5). Anche l'adozione piena di minori in stato abbandono, dunque, non consentita dalla legge italiana a coppie dello stesso sesso, può produrre effetti in Italia, se effettuata all'estero, secondo i meccanismi internazionalprivatistici di riconoscimento dei provvedimenti stranieri (art. 36, c. 4, l. 184/1983; art. 41, l. 218/1995);

ha disposto l'adozione co-parentale grazie ad una lettura evolutiva della lett. d) art. 44 l. adoz. È vero, infatti, che alle unioni civili non si applica la lett. b) dell'art. 44 l. adoz. secondo cui l'adozione in casi particolari può essere effettuata a favore del coniuge del genitore. Si deve peraltro considerare che lo stesso comma 20 stabilisce che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». In tal modo il legislatore, sia pur in modo ambiguo, sembra stabilire una linea di continuità con il diritto applicato, con gli orientamenti della giurisprudenza. E la giurisprudenza prevalente ritiene ammissibile l'adozione in casi particolari a favore del compagno o della compagna del genitore sulla base di un'interpretazione evolutiva della lett. d) dell'art. 44, l. n. 184/1983 (6). Secondo questa interpretazione l'«impossibilità di affidamento preadottivo», va intesa non solo come impossibilità «di fatto», ma anche come impossibilità «di diritto» - intendendosi tale quella derivante dalla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione «piena» - , e sempre che risulti accertato in fatto - secondo il disposto dell'art. 57, l. adoz. - che il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma «minor», corrisponda al preminente interesse del bambino, in quanto formalizzazione di una relazione affettiva già esistente e valutata nel corso dell'istruttoria come elemento positivo nella sua crescita (7).

Seguendo questa lettura, dunque, l'adozione co-parentale deve ritenersi ammissibile, ai sensi della lett. d), l. n. 184/1983 ed alle condizioni previste dalla legge. È questo attualmente l'unico strumento di diritto interno al quale possono fare ricorso le coppie dello stesso sesso per formalizzare la relazione con il figlio.

La *stepchild adoption*, tuttavia, funziona bene nei casi di famiglie ricostituite, eterosessuali o omosessuali, per dare veste giuridica al c.d. «terzo genitore».

Nel caso, invece, di figlio generato nell'ambito di una coppia di donne o di uomini, frutto di un comune progetto parentale appare una soluzione «di ripiego» in quanto il bambino è figlio della coppia, voluto, atteso, amato, accudito da entrambi. Si tratta di una genitorialità fondata non (o non solo) sulla discendenza genetica ma sulla comune decisione di essere genitori. L'adozione appare una sorta di finzione (si adotta il figlio altrui, non il proprio), non garantisce al figlio lo *status* fin dalla nascita, ma solo successivamente, in seguito ad un procedimento giudiziale che ha i suoi tempi, le sue procedure, le sue incertezze negli esiti.

4. La procreazione medicalmente assistita.

Per quanto riguarda la PMA, secondo la legge italiana possono accedere alle tecniche solo «coppie maggiorenne di sesso diverso, coniugate o conviventi» (art. 5) e solo in caso di «sterilità o infertilità» (art. 4). Inoltre, la legge vieta e sanziona come reato la maternità surrogata (art. 12, c. 6).

La legge non può tuttavia impedire che le coppie dello stesso sesso ricorrono alla PMA all'estero, dove è consentita (8). Non è infrequente che le coppie di donne vadano in Spagna dove è ammessa la fecondazione eterologa sia a favore di una donna sola, sia a favore di coppie dello stesso sesso e dove è possibile anche la fecondazione c.d. «incrociata» in cui una delle due donne porta avanti la gravidanza realizzata con l'ovocita della compagna fecondato con seme di donatore anonimo. Le coppie di uomini che desiderano un figlio ricorrono alla gestazione per altri a volte negli Stati Uniti (specie in California) altre volte in Canada, paesi in cui dove la pratica è ammessa (in Canada, come in Inghilterra, solo su base solidaristica).

In questi paesi è previsto che l'atto di nascita del bambino attribuisca la doppia maternità o la doppia paternità.

Solo di recente qualche Comune (per primo Torino) ha accolto – sulla base di una interpretazione evolutiva degli artt. 6, 8, 9, della l. n. 40/2004 (9) – domande di formazione dell'atto di nascita di un bambino a favore di due genitori dello stesso sesso. Più frequente è la richiesta di riconoscimento di atti di nascita formati all'estero, che contengono, secondo la legge straniera, l'indicazione della doppia maternità o della doppia paternità. Il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di bambino nato da PMA all'estero richiede la verifica della sua non contrarietà all'ordine pubblico (art. 65, L. n. 218/1995) da parte dell'ufficiale di stato civile o, altrimenti, da parte del giudice, su ricorso contro il provvedimento amministrativo.

Al riguardo si confrontano due diverse opinioni, due diverse visioni dell'ordine pubblico sulle quali sé stato richiesto l'intervento delle sezioni Unite della S.C. (10). Secondo una prima opinione, fatta propria anche dalla Corte di Cassazione, il riconoscimento dell'atto di nascita straniero sarebbe ammissibile perché il principio di ordine pubblico (secondo le norme costituzionali interne e sovranazionali) consiste nella tutela del preminente interesse del minore, nel suo diritto all'identità, alla certezza dello stato. Secondo un'altra opinione tale riconoscimento non sarebbe ammissibile in quanto in contrasto con il divieto di maternità surrogata e con il principio per cui i genitori debbono essere di sesso diverso: il bambino ha diritto ad avere un padre e una madre.

La Corte di cassazione ha ammesso il riconoscimento dell'atto di nascita nei confronti della compagna della madre (11). La giurisprudenza di merito lo ha ammesso anche nei confronti del compagno del padre biologico (12).

Attualmente, dunque, in Italia la situazione dei figli nelle unioni civili è piuttosto problematica. Da un lato si ammette l'idoneità dei genitori dello stesso sesso a prendersi cura ed educare i propri figli (Cass. 601/2013), dall'altro non si dispone di strumenti sicuri per rendere possibile la costituzione dello *status* di figlio nei confronti di entrambi i genitori. Il principio della rilevanza dell'intenzione di essere genitori (artt. 8, 9, l. 40/2014), della responsabilità nei confronti dei figli stenta ad affermarsi come regola di attribuzione dello stato distinta ma concorrente con quella basata sulla discendenza genetica (13).

Note:

(1) Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 582, con nota di C. Caricato; Cass. 20 luglio 2015, n. 15138, *ivi*, 2015, I, 1068, con nota di D. Amram e commento di S. Patti, *ibidem*, II, 643.

(2) Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, 1036, con nota di M. Winkler, e di B. Paparo; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 432, con nota di C. Murgo.

(3) Corte EDU, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, 21 marzo 2000, ricorso n. 33290/96.

(4) Nel senso che tali norme contenute nella legge sull'adozione non siano applicabili neppure in via analogica, v. M.C. Bianca, *Diritto civile. 2.1 La famiglia*, sesta edizione, Milano, 2017, 325, 332.

Secondo altra dottrina, invece, la regola dovrebbe essere intesa come impedimento all'attivazione del meccanismo di produzione normativo contenuto nella prima parte del comma 20. Risulterebbe esclusa l'applicazione automatica, almeno *prima facie*, delle disposizioni della legge sull'adozione (al pari di quelle del codice civile) relative al matrimonio o contenenti le parole coniuge/i, ma non ne sarebbe esclusa l'applicazione analogica, ad esito di un controllo di compatibilità adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti: v. V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.* 2017, 381 ss.

(5) Trib. Min Firenze, 8 marzo 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 935 ss. con note di G. Ferrando e C. Tuo, cit.: «Il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione, legalmente e pacificamente esistente nel Regno Unito tra i minori adottati e i genitori adottivi, determinerebbe una 'incertezza giuridica'....una 'situazione giuridica claudicante...' che influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale dei minori». Né è possibile «ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori» in ragione dell'omosessualità dei genitori e della loro impossibilità di sposarsi in Italia; Trib. Min. Genova, 8 settembre 2017, in *Fam. dir.*, 2018, con nota di E. Pesce, App. Napoli 30 marzo 2016; App. Milano 16 ottobre 2015; App. Genova 1° settembre 2017, in *Articolo 29.it*, con nota di G. Noto. Al riguardo, per una ricostruzione conforme del quadro normativo, v. anche Cass. 16 giugno 2017, n. 14987; Corte EDU, *Wagner c. Lussemburgo*, 28 giugno 2007; Corte EDU *Negrepontis-Giannis c. Grecia*, 3 maggio 2011; Corte cost. 7 aprile 2016, n. 76, in *Foro it.*, 2016, I, 1, 1910.

(6) Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 10, 1203, con note di P. Morozzo della Rocca e L. Attademo; in *Fam. dir.*, 2016, 1025, con nota di S. Veronesi; in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, I, 1135, con commento di G. Ferrando, al quale mi permetto di rinviare. La sentenza della S.C. conferma App. Roma, 9 aprile 2015, in *articolo29.it*; Trib. Roma, 30 luglio 2014, in *Fam. dir.* 2015, 574, con nota di Ruo; in *Rass. dir. civ.*, 2015, 679, con nota di G. Salvi; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109, con nota di J. Long.

(7) Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

(8) Esclude che sia penalmente perseguitabile la GPA realizzata all'estero e che possa configurarsi il reato di alterazione di *status* nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero Cass. 5 aprile 2016, n. 13525.

(9) Non condivisa da Trib. Pisa, ord., 15 marzo 2018 che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 250 c.c., e degli artt. 5 e 8 della legge 40/04, «nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso».

(10) v. Cass. 22 gennaio 2018, n. 4382, ord., in *Articolo29.it*.

(11) In caso di gravidanza avvenuta con l'impianto di embrione formato con l'ovocita della compagna fecondato con seme di donatore anonimo, v. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. Giur.*, 2017, 2, 181 con mia nota; in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, 372, con nota di G. Palmeri; in *Articolo29.it*, con nota di A. Schillaci. La sentenza di cassazione conferma App. Torino 29 ottobre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, 822, con nota di M. Farina. Nello stesso senso, in un caso in cui la co-madre non aveva legami biologici col nato, v., Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Articolo29.it*, con commento di S. Stefanelli.

(12) App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 162 ss., con note di G. Ferrando e di C. Tuo. E v. anche Trib. Napoli 6 dicembre 2016, in *articolo29.it*. Per un caso particolare, v. App. Milano 28 dicembre 2016, in *articolo29.it*.

(13) Al riguardo, v. Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, 446 con nota di Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento, interesse del minore*.

*L'impresa degli enti non lucrativi tra etica e mercato**

Andrea Fusaro

Ordinario nell'Università di Genova
Notaio

Sommario: 1. *Impresa e non profit*; 2. *Il modello nordamericano*; 3. *Il "non profit" italiano al vaglio della Corte Costituzionale*; 4. *Segue: la posizione della giurisprudenza*; 5. *La riforma Renzi*; 6. *Dal Terzo al Quarto settore*

1. Impresa e non profit.

Impresa e non profit sono settori comunicanti, spesso intrecciati, talora sovrapposti, sotto il profilo sia dell'attività sia dei soggetti: per un verso, è ormai acquisita la capacità degli enti a scopo non lucrativo di gestire iniziative economiche e la compatibilità della loro condizione con le regole dello statuto dell'imprenditore, anche commerciale; per altro verso, l'impresa tradizionale persegue talora pure finalità non strettamente lucrative, prefiggendosi anche obiettivi di portata sociale.

Negli ultimi decenni è stato registrato l'intensificarsi della conduzione di iniziative commerciali da parte di associazioni e fondazioni: ciò è apparso pienamente compatibile con lo scopo non lucrativo purché i saldi attivi non vengano distribuiti tra i membri del gruppo, nondimeno ha sollecitato l'elaborazione di regole apposite, ravvisate nell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, poi nell'imitazione del più articolato modello americano delle *non profit organization*.

La conciliaibilità tra la finalità non lucrativa dell'ente e l'esercizio da parte del medesimo di attività impostate secondo criteri di economicità rappresenta l'approdo di un dibattito che - dopo aver impegnato la dottrina per lungo tempo - sembra ormai attestato sulla posizione affermativa (1), consolidata anche in giurisprudenza (2). La legislazione speciale, abbondante soprattutto nell'ultimo trentennio, ha contemplato spesso l'esercizio di imprese da parte di organizzazioni a scopo non lucrativo, sollevando l'interrogativo circa la necessaria coerenza dell'attività esercitata con la specifica finalità dell'ente od - in effetto - la sua marginalità (3). Sul terreno costituzionale si sono stagliate le questioni relative alla compatibilità con la garanzia dell'art. 18 Cost. di limitazioni all'esercizio delle attività, poi alla legittimità di trattamenti differenziati tra gli enti non lucrativi e quelli lucrativi.

L'impresa condotta da un ente senza scopo di lucro coinvolge la legalità (4) sotto un numero di profili maggiore e diverso, talora ulteriore, rispetto all'ordinario con riguardo a una pluralità di fronti, via via riguardanti gli obblatori, i fruitori dell'attività, i membri della formazione, le altre imprese (5). A propria volta l'attività filantropica solleva delicati interrogativi circa la sua affidabilità in termini di continuità, qualità delle prestazioni, parità di trattamento. Sono tutti aspetti assenti, oppure diversamente inquadrati, rispetto all'impresa lucrativa.

2. Il modello nordamericano.

L'originaria preclusione italiana è stata superata anche grazie all'osservazione del modello nordamericano (6), dove gli enti a scopo non (soggettivamente) lucrativo vengono identificati

come "non profit", ossia "not for profit". Nel nostro lessico ha fatto ingresso la terminologia anglosassone, veicolo di quella cultura giuridica, nel cui ambito queste figure sono contrassegnate dal divieto di spartizione degli utili (*non distribution constraint*); in quel contesto tali figure hanno conosciuto una stagione di favore che è stata ricondotta al fallimento dello Stato e del mercato in certi settori-in specie sanità e servizi alla persona-, ossia all'incapacità del fruitore di valutare la qualità del servizio offerto, cosicché la mira non lucrativa del gestore rappresenterebbe un fattore atto a orientare la scelta. Con "no profit" si intende talora la preclusione alla produzione di utili (lucro oggettivo).

Negli Stati Uniti tali figure sono giuridicamente rilevanti soprattutto per il diritto tributario, nel cui ambito sono destinatarie di agevolazioni (7). Esse sono state assegnate al Terzo Settore, espressione che identifica gli enti che operano e si collocano in determinati ambiti, non riconducibili né al mercato né allo Stato.

3. Il "non profit" italiano al vaglio della Corte Costituzionale. La legislazione speciale italiana, abbondante soprattutto a partire dagli anni novanta, contempla spesso l'esercizio di imprese da parte di enti a finalità non lucrativa, pretendendone ora la strumentalità rispetto al perseguimento dello scopo statutario, ora la sua marginalità. La disciplina fiscale- basti citare quella sulle Onlus - ha incarnato la mutazione del modello, adottando regole sollecitate dalla preoccupazione di prevenire la replica del lucro soggettivo diffuso - in quanto tipicamente societario-, nonché dei conflitti di interesse, mentre sullo sfondo affiorano i rapporti con i patrons (8). Si è denunciata la carenza di strumenti normativi rivolti a prevenire le distorsioni alla concorrenza (9).

Di fronte alla Corte sono state portate numerose questioni legate ad imposizioni di vincoli statutari collegati alla concessione di incentivi, in particolare a margine della legislazione sul volontariato (10). Perspicue analisi dottrinali (11) hanno individuato diversi modelli che variano dalla prefigurazione di statuti giuridici speciali allo stanziamento di finanziamenti pubblici (12).

Sono state considerate limitazioni scollegate da incentivi, in quanto connesse semplicemente alle iniziative intraprese: la loro legittimità è stata valutata all'interno del bilanciamento tra gli artt. 18 e 41 Cost., in ragione della riferibilità alla sfera di quest'ultimo- secondo la tesi maggioritaria- non solo dell'impresa, ma anche delle "altre forme di attività economiche produttive comunque destinate allo scambio, con esclusione soltanto di quelle erogative" (13).

La Corte ha ammonito che la libertà associativa non può consentire l'aggiramento dei vincoli posti da "particolari discipline pubblicistiche", e ha così legittimato le medesime restrizioni all'attività che valgono generalmente. In dottrina se ne è tratto spunto per ribadire le riserve espresse nei confronti della tesi - accreditata in giurisprudenza (14) - che disapplica la disciplina commerciale nei confronti delle imprese gestite dagli enti a scopo non lucrativo per finalità strumentali, in quanto "la ragione ideologica che aveva indotto ad un trattamento di favore può ascriversi alla propensione a far coincidere la causa non lucrativa col realizzarsi d'un fine di pubblica utilità" (15).

Allorché l'attenzione si è fermata sulle regole coniate per gli enti non lucrativi al fine di agevolarli nell'esercizio di attività economiche sono state convalidate le restrizioni finalizzate a prevenire l'impiego strumentale del modello associativo (16). Si è puntualmente rilevato (17) che, laddove gli enti a scopo non lucrativo che conducano attività economiche vengano dispensati dal

* (Relazione presentata al seminario *Etica e mercato. Rispetto della Legalità nei rapporti d'impresa*, organizzato a Genova il 18 Giugno 2018 dal Centro Studi per la legalità d'impresa).

rispetto di vincoli generalmente imposti, sorgono delicati problemi di tutela della concorrenza tra imprese, in ragione della discriminazione in danno delle iniziative lucrative: invero “il confine del mercato delle iniziative riservate agli aderenti è assai labile e soprattutto suscettibile di estensione, almeno potenzialmente, all’infinito poiché la struttura aperta del contratto associativo consente di allargare a dismisura la cerchia degli aderenti” e per questa strada “aree anche estese di mercato possono essere portate all’interno dell’organizzazione associativa” (18).

In questa prospettiva l’estraneità alla disciplina comunitaria sulla libera circolazione dei servizi rispetto alle prestazioni rese dalle associazioni ai propri iscritti (19) è stata giustificata principalmente sulla base della previsione normativa che testualmente eccettua gli enti senza scopo di lucro, e solo subordinatamente in ragione della stretta inerenza al rapporto associativo (20); è stata revocata in dubbio (21) la fondatezza della negazione in capo agli enti senza scopo di lucro della qualità di soggetti passivi di azioni di concorrenza sleale (22).

4. Segue: la posizione della giurisprudenza.

In sede di legittimità ha trovato accoglienza la proposta rivolta all’applicazione analogica dell’art. 2201 c.c., in modo da riservare lo statuto dell’imprenditore commerciale all’ente che svolge attività di impresa in via prevalente o esclusiva (23); le corti di merito si sono allineate, reprimendo gli abusi della personalità giuridica in particolare attraverso l’estensione del fallimento personale ai soggetti che hanno agito (24). Per gli enti del libro primo l’iscrizione presso il Registro delle Imprese è pertanto rimasta affidata al riscontro degli estremi della commercialità, secondo i criteri dell’art. 2201 c.c., con l’inconveniente che una pubblicità - dispensatrice di certezza - rimane condizionata a presupposti di incerto rilievo (25).

Dell’assetto tratteggiato sono state denunciate incongruenze e inadeguatezze. L’assoggettabilità a fallimento rischia di ridursi a poca cosa sia nella prospettiva della tutela dei terzi, sia sul piano sanzionatorio: sul primo profilo incide l’assenza di disposizioni a presidio dell’integrità del patrimonio, che - insieme con il difetto di alcuna soglia minima di capitale iniziale - eleva il rischio di inconsistenza della massa; la situazione è, poi, aggravata dalla resistenza di molti tribunali a estendere il fallimento agli amministratori, talora pure a coloro che si trovano nella situazione descritta dall’art. 38 c.c.. Tale circostanza al tempo stesso affievolisce l’efficacia deterrente dell’assoggettabilità a procedure concorsuali, facendo corpo con la dubbia applicazione delle sanzioni penali in ragione del divieto di analogia (se si eccettua il ricorso alla figura dell’istitutore, per attingere alle pene appositamente comminate dalla legge fallimentare).

5. La riforma “Renzi”.

La riforma adottata nel 2017, spesso identificata con il cognome del Presidente del Consiglio dell’epoca, si articola notoriamente nei due decreti legislativi dedicati rispettivamente alla revisione della disciplina dell’impresa sociale (contrassegnato con il numero 112 (26)) e al codice del Terzo settore (numero 117 (27)).

Nel d.l. vo 117/2017 sono disciplinati gli Enti del Terzo Settore (per l’innanzi E.T.S.), succedanei delle varie tipologie contemplate dalla legislazione speciale, che vengo riassorbite in essi. La gestione di realtà commerciali da parte di ETS trova ampio spazio: delle attività di interesse generale, elencate all’art 5, poche sono di pura erogazione, mentre le altre si profilano come economiche, talora espressamente qualificate commerciali (lettera o). L’art. 6 consente l’esercizio di attività diverse, purché lo statuto lo preveda e siano secondarie e strumentali rispetto alle at-

tività di interesse generale. L’art. 13, 4 comma, impone agli Ets che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale di tenere le scritture contabili; il comma successivo (quinto) prescrive loro di depositare il bilancio redatto in conformità agli artt. 2434 ss c.c.. Nell’impianto del d.l. vo 112/2017 l’impostazione dell’impresa sociale (per l’innanzi I.S.) è ribaltata rispetto al previgente d.l. vo 155/2006: l’essere di interesse generale è riferito direttamente all’attività, anziché alle sue finalità. Viene offerto un elenco non più di ciò che deve intendersi per utilità sociale, ma di attività d’impresa di interesse generale. L’art. 1 d.l. vo 112-2017 include tra le imprese sociali ogni ente, anche le società, che esercitano in via stabile e principale una attività di impresa di interesse generale senza scopo di lucro e post finalità civiche, solidaristiche, e di utilità sociale, adottando modalità conformi alle indicazioni fornite.

Si è denunciato come la nuova disciplina abbia inteso conformare l’impresa al criterio dell’economicità, ma sia carente circa la delimitazione delle finalità rileva sul piano filologico per delimitare l’i. s. (28). È stato sollevato l’interrogativo circa l’inclusione degli elementi qualificativi dell’i.s. nella ponderazione dell’azione concorrenziale per soddisfare il canone competitivo, in particolare se il tradizionale giudizio di correttezza debba essere rivisto inserendo nella formula allocativa anche le utilità diverse da quelle economiche, includendo anche il valore sociale o il benessere.

6. Dal Terzo al Quarto settore.

Ne è derivato impulso allo studio su indicatori ad alta componente sociale come il VAS - valore aggiunto sociale - che aspirano a compensare gli indicatori puramente economici con le performance sociali dell’impresa, non solo nel Terzo settore, ma anche nella competizione tra imprese lucrative, sotto il profilo della Social Responsibility (29). Come s’è notato (30) la Corporate Social Responsibility o Responsabilità Sociale d’Impresa (31) segna il passaggio dal Terzo al Quarto settore, ancorché ne sia stata denunciata l’incerta collocazione tra le regole etiche e quelle giuridiche (32).

Su questo sfondo si colloca la Società benefit, introdotta dalla legge di stabilità 2016 (33), la quale all’esercizio di un’attività economica, finalizzata alla produzione di utili da dividere tra i soci, asseconda l’affiancamento di “una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse” (comma 376). Le finalità di cui al comma 376 sono indicate specificatamente nell’oggetto e sono perseguitate mediante una gestione volta al bilanciamento con l’interesse dei soci e con l’interesse di coloro sui quali l’attività sociale possa avere un impatto. La veste benefit si addice a ciascuna società del libro V, titoli V e VI, del codice civile, nel rispetto della relativa disciplina (34).

Il senso della società benefit si individua nella coesistenza tra missione egoistica e compiti afferenti la sfera sociale (35); essa incarna una visione le cui radici sono risalenti nel panorama comparatistico, com’è stato puntualmente documentato (36), evocando il dibattito rispecchiato dai contributi pubblicati nel 1932 sull’Harvard Law Review da due eminenti cultori di diritto societario circa lo scopo precipuo della public corporation (37).

Il rilievo della società benefit è stato variamente inteso. Alcune voci autorevoli hanno esultato (38). Una posizione più scettica ne ha ridimensionato la portata innovativa, considerando come sia già consentita l’introduzione di clausole altruistiche negli statuti di società lucrative, inoltre sottolineando che

nelle cooperative è ammessa la mutualità esterna o di sistema; sarebbero, insomma, reperibili indici normativi concludenti nel senso della necessaria coerenza “tra il sistema degli incentivi di quanti hanno i poteri decisionali sull’ente, l’affidamento dei terzi e le regole che disciplinano la destinazione egoistica o altruistica del risultato dell’attività sociale”. L’argomento più significativo è tratto dalle disposizioni in materia di trasformazioni eterogenee, ove sono individuate regole imperative stringenti, sottolineando che gli artt. 2500 septies e octies attribuiscono un notevole rilievo al vincolo di non distribuzione degli utili: “si tratta di una disciplina che ben si presta a una lettura in chiave neo istituzionale nella prospettiva della teoria dei costi transattivi in relazione alla tutela dei soggetti che fanno affidamento sui vincoli statutari”, così da ritenere opposti i sistemi di lucro soggettivi e non (39). Critiche sono state rivolte alla tesi (40) che propone quale stregua della correttezza della gestione sociale il modello normativo desumibile dalla disciplina della direzione e coordinamento ai sensi degli arti. 2497 ss c.c.. Per la disciplina della convivenza di finalità diverse si è invece suggerito il riferimento ai parametri delle azioni correlate (art. 2350, 2 c) e dei patrimoni destinati, dove è realizzato l’apprezzamento settoriale sotto il profilo del ritorno dell’attività d’impresa senza contraddirne l’unitarietà del patrimonio sociale e la coerenza della gestione. Si è, tuttavia, denunciato l’assai modesto successo di entrambi gli strumenti ed è stato ricondotto alla difficile coesistenza di finalità imprenditoriali diverse, da cui trae alimento lo scetticismo circa la commistione tra finalità profit e non.

Rimane la constatazione che il potere oggi si manifesta nelle imprese, che quindi devono essere governate anche con regole (quali le istanze alla parità di genere) un tempo lette solo nella dinamica del diritto pubblico (41).

Note:

(1) Il dibattito ha ricevuto numerosi riepiloghi, tra cui si segnalano quelli di G. Ponzanelli, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, II ediz., 2000, 177 ss.; M.V. De Giorgi, *Fondamenti di diritto degli “enti non profit”*, Padova, 1997, 90 ss.; F. Galgano, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Padova, II ediz., 1996, 24 ss.; A. Barba, *Associazione, fondazione e titolarità di impresa*, Napoli, 1996, 43 ss.; A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 164 ss.; A. Fusaro, *L’associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991, 249 ss.; Fuori dal coro si è collocato R. Di Raimo, *Associazioni non riconosciute. Funzione, disciplina, attività*, Napoli, 1996, 148 ss.

(2) Gli itinerari giurisprudenziali meno recenti furono ripercorsi da V. Giarmoleo, *Attività commerciale ed enti non profit*, Padova, 2003.

(3) Mi permetto di rinviare al mio saggio *I modelli imprenditoriali nella legislazione del terzo settore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 299.

(4) Lo statuto delle imprese- legge 11.11.2011, n.180 - all’art.2 tra i principi generali fissa il “riconoscimento e la valorizzazione degli statuti delle imprese ispirati a principi di legalità, solidarietà e socialità”(1 comma, lett. p).

(5) F. Rigano, *La tutela della “corretta” concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese*, in *Giur. Cost.*, 1994, 400.

(6) Segnalo ancora un mio lavoro *Le organizzazioni a scopo non lucrativo nella Law and Economics*, in *Contr. Impr.*, 2017, 57 ss.

(7) Tale panorama è stato illustrato da G. Ponzanelli, *Le non profit organizations*, Milano, 1985; Preite, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988.

(8) Avevo offerto un primo commento in *Gli enti non commerciali secondo il decreto legislativo 4.12.1997, n. 460*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, II, 291, 6 ss.

(9) In termini F. Rigano, *La tutela della “corretta” concorrenza fra associazioni non lucrative e imprese*, in *Giur. Cost.*, 1994, 391.

(10) Accurata rassegna critica fu offerta da G. Parodi, *La l. n. 266 del 1991 del 1991 come legge di principio*, in *Regioni*, 1993, 102.

(11) F. Rigano, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995, spec. cap. I, nonché G. Gemma, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993.

(12) F. Rigano, *La tutela*, cit., 392; G. Napolitano, *Le associazioni private a rilievo pubblicistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 583.

(13) F. Rigano, *La tutela*, cit., 401, il quale riporta adesivamente la tesi di A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, 1971, vol. XXI, 588, nonché di M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 12 ss. e voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 380. Diversamente altri circoscrive l’art. 41 Cost. all’impresa: V. Spagnuolo Vigorita, *l’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 71 ss.

(14) A partire dalla sentenza guida Cass. 9 novembre 1979, n. 5770, in *Foro it.*, 1980, I, 363.

(15) A. Zoppini, *Enti non profit ed enti for profit: quale rapporto?*, in L. Brusuglia ed E. Rossi (cur.), *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale. Aspetti giuridici, economici e fiscali. Atti del convegno di Pisa, 27-28 marzo 1998*, Milano, 2000, 157 ss., spec. p.159, il quale segnala come lo stesso W. Bigiavi, *La professionalità dell’imprenditore*, Padova, 1948, 86 ss. argomentasse l’applicazione estensiva dell’art. 2201 c.c. sulla base della presunzione del perseguitamento di fini di pubblica utilità, quindi contando sull’eterodestinazione del risultato.

(16) Altro è la loro previsione ad opera della legislazione regionale, che - come è stato sottolineato - vulnera l’omogeneità della disciplina del settore: F. Rigano, *La tutela*, cit., 405; nonché M. Atelli, *Associazioni private a scopo di turismo sociale e rapporto associativo “sulla fiducia” in una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 535, il quale stigmatizza il criterio dell’anzianità di iscrizione in quanto riferito soltanto alla fruizione dei servizi turistici, non al complesso dei diritti endoassociativi, suggerendo piuttosto l’introduzione di una simmetria, quale adottata dal legislatore a proposito del diritto di voto nell’assemblea delle società cooperative (attualmente art. 2538, I c., c.c.).

(17) A. Zoppini, *Enti non lucrativi*, cit., 161.

(18) F. Rigano, *Le associazioni non lucrative a confronto con la disciplina comunitaria del mercato*, in *Giur. Cost.*, 1997, 3542, spec. 3547.

(19) Affermata da Corte Cost. 365/97, cit.

(20) F. Rigano, *Le associazioni non lucrative*, cit., 3548.

(21) A. Zoppini, *Enti non profit*, cit., 159.

(22) Talora professata in giurisprudenza: Trib. Grosseto, 15 ottobre 1985, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1985, 793, Pret. Torino, 26 novembre 1996, in *Riv. dir. ind.*, 1995, II, 99, con nota di G. Tincani; ma respinta da Trib. Roma, 21 dicembre 1988, in *Riv. dir. ind.*, 1990, II, 38, con nota di G. Tassone.

(23) Cass. 9 novembre 1979, n. 5770, cit.; Cass. 18 settembre 1993, n. 9589, in *Giust. civ.* 1994, I, 65, *Dir. fall.* 1994, II, 436, *Foro it.* 1994, I, 3503.

(24) Trib. Milano 16.7.98 ha dichiarato il fallimento diretto nei confronti dei soggetti che agirono utilizzando la fondazione quale schermo per la limitazione della responsabilità; Trib. Milano 22.1.98 ha configurato un’associazione tra i soggetti che operarono spendendo il nome della fondazione, assoggettandoli a fallimento in proprio.

(25) Come avevo a suo tempo illustrato nel saggio *Le associazioni imprenditorie e il registro delle imprese*, in *Contr. Impr.*, 1995, 617.

(26) D. L. vo 3 luglio 2017 n. 112, Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell’articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106. (17G00124) (GU n.167 del 19-7-2017).

(27) D. l. vo 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106

- (28) G. MEO, *Impresa sociale e valori d'impresa*, in *Riforma del c.d. Terzo Settore*, Quad. Fond. Not., 2017, 59.
- (29) Rapporto Iris Network *L'impresa sociale in Italia* a cura di P. Venturi e F. Zandonai.
- (30) M. Stella Richter, *Corporate Social Responsibility, Social Enterprise, Benefit Corporation: magia delle parole?* in *Vita not.*, 2017, n.2, 953 ss.
- (31) Nel volume curato da G. Conte, *La responsabilità sociale dell'impresa. Tra diritto, etica ed economia*, Laterza, 2008, sono raccolti parecchi saggi, tra cui si segnala quello di G. Alpa, *Dalla riforma degli enti non profit alla nuova disciplina dell'impresa sociale* e la nota conclusiva di G. Oppo.
- (32) G. Oppo, *Una nota conclusiva sulla responsabilità sociale dell'impresa*, in G. Conte, *La responsabilità sociale dell'impresa. Tra diritto, etica ed economia*, cit.
- (33) L. 28-12-2015 n. 208, Commi 376-384. Pubblicata in Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, in *Gazzetta Uff.* 30 dicembre 2015, n. 302, S.O.
- (34) «Ai fini di cui ai commi da 376 a 382, si intende per: a) «beneficio comune»: il perseguitamento, nell'esercizio dell'attività economica delle società benefit, di uno o più effetti positivi, o la riduzione degli effetti negativi, su una o più categorie di cui al comma 376; b) «altri portatori di interesse»: il soggetto o i gruppi di soggetti coinvolti, direttamente o indirettamente, dall'attività delle società di cui al comma 376, quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile; c) «standard di valutazione esterno»: modalità e criteri di cui all'allegato 4 annesso alla presente legge, che devono essere necessariamente utilizzati per la valutazione dell'impatto generato dalla società benefit in termini di beneficio comune; d) «aree di valutazione»: ambiti settoriali, identificati nell'allegato 5 annesso alla presente legge, che devono essere necessariamente inclusi nella valutazione dell'attività di beneficio comune.»(comma 378).
- (35) Si staglia, quindi, la connessione con la Responsabilità sociale d'impresa, riguardante le implicazioni di natura etica all'interno della visione strategica d'impresa: una manifestazione della volontà delle grandi, piccole e medie imprese di gestire efficacemente le problematiche d'impatto sociale ed etico al loro interno e nelle zone di attività.
- (36) Riepilogo ne è stato operato da Stout, Lynn A., "Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy" (2002). *Cornell Law Faculty Publications*, 448, in *Southern California Law Review*, vol. 75, no. 5 (July 2002).
- (37) Da un lato Adolph A. Berle, Jr., *Corporate Powers as Powers in Trust*, in *Harvard Law Review* Vol. 44, No. 7 (May, 1931), 1049-1074. Bearle fu coautore del classico *The Modern Corporation and Private Property*. I riferimenti ormai riguardano la seconda edizione: AA Berle and GC Means *The Modern Corporation and Private Property* (2 ediz. Harcourt, Brace and World, New York 1967). Berle parteggiava per quella che attualmente è definita "shareholder primacy", la visione per cui la corporation esiste solo per fruttare denaro agli azionisti. Icastica l'espressione secondo cui "all powers granted to a corporation or to the management of a corporation, or to any group within the corporation.... [are] at all times exercisable only for the ratable benefit of all the shareholders as their interest appears."
- (38) Per tutte quella di L. Bruni, S. Zamagni, *L'economia civile*, Il Mulino, 2015, in particolare S. Zamagni secondo cui "dopo quasi ottant'anni, le B Corporation realizzano l'intuizione vincente del celebre giurista americano", alludendo a Dodd, cosicché "si tratta ora di non demordere, non prestando ascolto a falsi maestri".
- (39) A. Zoppini, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2017, n. 2.
- (40) Circolare Assonime, 20 giugno 2016, n. 19.
- (41) A. Zoppini, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit*, cit.

Suddito, cittadino, persona: la Lunga Marcia attraverso la democrazia.

Michele Marchesiello

Magistrato

«Cosa significa tutto questo (*Lei voleva sapere*), e dove porterà? Non stiamo assistendo a un processo di dissolvimento senza che nulla prenda il posto delle vecchie strutture, certo detestabili? Come possono sorgere dei partiti politici (*Lei chiedeva per esempio*) quando quelli vecchi (...) sono diventati irrilevanti, e i partiti nuovi non sono in grado di trovare una base sociale che li sostenga? E perché (*Lei aggiungeva quasi con ansia*) io ho scritto qualche tempo fa che non solo il socialismo ma la socialdemocrazia è in via di estinzione? Che effetti avrà sul tessuto sociale del paese l'economia di mercato? Non arricchirà alcuni, mentre i molti diventeranno più poveri che mai? Che ne sarà della vita culturale? Dovremo leggere e vedere robaccia, adesso che siamo liberi e non abbiamo più libri a buon prezzo e film di qualità sovvenzionati? Come faremo ad attuare la supremazia della legge? I vecchi giudici non hanno perso ogni credibilità, mentre non possiamo trovarne di nuovi che garantiscano indipendenza e obiettività? E il pericolo tedesco? Non vedremo un'Europa balcanizzata dominata dall'unica potenza che si è unificata, invece di disgregarsi? Nel complesso (*mi domandava*) si può essere fiduciosi riguardo alla nuova Europa, o si deve essere inquieti e preoccupati (...)?"

Sommario: 1. *Le domande* - 2. *Quali risposte? Da Weber a Dahrendorf*. - 3. *Una società fuori controllo*. - 4. *La 'quadratura del cerchio'*. - 5. *Dalla cittadinanza alla persona*.

1. Le domande.

A queste domande, che sembrano riflettere puntualmente le ansie da cui sono caratterizzati i primi decenni del secolo XXI, si proponeva di dare risposta Ralf Dahrendorf, nell'ormai lontano 1989, dopo la caduta del muro di Berlino, sotto forma di una lettera indirizzata "...to a gentleman in Warsaw", che l'autore, quasi un quarto di secolo fa, immaginava preoccupato circa il futuro del suo paese e di quello dell'Europa dell'Est, divenuta ex-comunista, ma non ancora parte dell'invidiato e insieme temuto Occidente.

Letteralmente "inondato" dalle domande che l'amico gli aveva rivolto nel breve, informale spazio di un colloquio davanti a una tazza di caffè, ritrovata "... la quiete del (suo) studio di Oxford, circondato da libri e carte e contemplando dalla finestra il vario e affabile complesso del St. Antony's College", Dahrendorf si propone di rispondere "convenientemente", e lo fa nel suo libro dal titolo "1989. Riflessioni sulla rivoluzione in Europa. Lettera immaginaria a un amico di Varsavia" (1).

Quale rivoluzione, e in quale Europa? A distanza di quasi trent' anni, e nel passaggio da un secolo all'altro, non si hanno notizie di rivoluzioni in senso "classico", tanto meno di stampo "liberale", che abbiano investito l'Europa. Europa che, a sua volta, non è mai apparsa tanto screditata agli occhi dei suoi stessi cittadini, tramutata – nelle sue versioni peggiori – in una replica capitalista del vecchio mondo di oltre cortina.

Nulla ha preso il posto delle detestabili "vecchie istituzioni". I Parlamenti sembrano affetti dal morbo burocratico predetto da Max Weber. I governi rifuggono dal governare. I sindacati, ignorati dai più giovani, somigliano sempre più a patetiche adunate di reduci.

I vecchi partiti sono scomparsi e quelli nuovi stentano a trovare una base sociale che li sostenga. La stessa ondata 'antipartito', ammaliata da Internet, non riesce a darsi una forma che sia politica e democratica insieme.

La socialdemocrazia – per non dire il socialismo – sembra aver consumato il suo cammino. Le varie “estre” rialzano la testa, cavalcando la crisi e l’avversione per gli ‘stranieri’. L’economia di mercato fa a brandelli il tessuto sociale.

Il divario tra ricchi e poveri non è mai stato così ampio e in costante crescita. Secondo i dati ISTAT, già nel 2010 oltre un quarto degli italiani era a rischio povertà o emarginazione (proporzione superiore a quella degli anni precedenti ma ormai drammaticamente “migliore” rispetto a quella degli anni successivi).

La vita culturale langue, al di là di inutili riti con cui la si commemora, ma non la si incoraggia né dota di risorse.

Leggiamo – o ci propongono di leggere – solo “robaccia”, mentre i libri diventano inaccessibili a causa del prezzo; i film non raccontano più i nostri sogni, la nostra realtà è diventata sempre più inenarrabile e la rete ci inonda di spazzatura.

La supremazia della legge, la “*rule of law*”, è un’empia illusione, empia perché la si invoca sempre più spesso a sostegno dell’ingiustizia.

I vecchi giudici hanno perso ogni credibilità e quelli nuovi stentano a garantire “indipendenza e obiettività”.

Il ‘pericolo tedesco’ ha cambiato volto, ma è sempre più incombente e l’Europa è dominata dall’unica potenza che – invece di disgregarsi – si è a caro prezzo unificata.

L’onda lunga del crollo del muro di Berlino – simile a un lento ma inesorabile tsunami – è arrivata sino a noi, che ce ne credevamo al riparo nelle nostre tiepide dimore, piene di *comfort*, elettrodomestici e settimane bianche.

Scopriamo oggi che la nostra vita viene auscultata e scrutata al pari di quella “degli altri”, quelli che vivevano in prigonia al di là del muro.

Credevamo che la “cortina di ferro” dividesse il mondo in due, e invece ci accorgiamo che era proprio quella cortina – paradossalmente – a tenerlo unito; che proprio grazie alla separazione ideologico-militare tra i due “blocchi” si erano potute realizzare in occidente politiche di *welfare* in grado di dimostrare all’avversario social-comunista la superiorità del liberal-capitalismo anche sul piano dell’avanzamento delle masse, e non solo su quello della potenza economico-militare, per non dire dell’ideologia.

La caduta del muro ha provocato, lo possiamo constatare oggi, a 30 anni di distanza da quell’evento, l’erigersi di un altro muro ben più difficile da distruggere o scavalcare: quello economico-finanziario che separa la maggior parte dei cittadini dall’accesso ai beni primari della vita, quelle che Dahrendorf chiamava “*life chances*”: insieme di diritti civili e opportunità di benessere destinato, secondo il sociologo borghese che guardava il mondo dalla quiete del suo studio di Oxford, a realizzarsi in un regime di libertà attiva entro una società aperta (aperta, si intende, agli stranieri, ai diversi, ai “mal-pensanti”, all’errore come alla discussione onesta).

Lord Dahrendorf, conteso da due tradizioni sociologiche, quella tedesca e quella anglosassone, dichiarò di avere scelto quest’ultima come propria patria intellettuale. (2)

Spesso siamo i peggiori giudici della nostra situazione nel mondo delle idee. Dahrendorf, tedesco “anglicizzato” stentava a riconoscere le proprie ascendenze intellettuali, che ne hanno fatto – a meglio vedere – un epigono in salsa “blairiana” di Max Weber, sociologo e *Forscher* tedesco per eccellenza.

2. Quali risposte? Da Weber a Dahrendorf.

Nella storia del pensiero politico – sociologico del secolo scorso il nome di Dahrendorf resta legato alla teoria del conflitto so-

ciale istituzionalizzato nelle società industriali avanzate. Non più lotta di classe, ma neppure più “classi” nel senso marxiano.

Non più proletari contro capitalisti.

Non più crisi inarrestabile del capitalismo.

Non più rivoluzione come esito inevitabile del conflitto sociale.

Non più società borghese-capitalistica e centralità dei rapporti di produzione.

Non più taylor-fordismo da una parte e stakanovismo dall’altra.

Non più società industriale basata sulla produzione (e sul consumo) di beni materiali.

A fronte di questi “non più” si colloca la riflessione dahrendorfiana, non in contrapposizione alle posizioni di Weber (e ancora prima di quella di Marx) ma come conseguenza inevitabile del venir meno dei vecchi scenari politici, economici, esistenziali.

Dahrendorf si trova sul finire di quella “notte polare di fredde tenebre e di stenti” (“(*die*) Polarnacht von eisiger Finsternis und Haerte”) di cui Weber era stato il tragico profeta un secolo fa. La notte è passata, ma l’orizzonte si è illuminato di una luce livida. La “gabbia d’acciaio” del capitalismo (“*die Eiserner Kaefig*”) non si è aperta ma è divenuta invisibile, immateriale, continuando a tenerci prigionieri come e forse più di prima.

La razionalità non ha aperto la strada alla libertà ma ne fa, per così dire, “le veci”. L’eroe prometeo e wagneriano di Weber si è trasformato nel *Beamte*, nel piccolo impiegato dei romanzi di Sigfried Krakauer, infimo protagonista della pratica – più che super-umana, dis-umana – del nazismo. L’esperienza del nazismo si pone tra la cupa lungimiranza di Weber e il malinconico “pensar liberale” di Lord Dahrendorf. A fronte di questa situazione, da tedesco autentico anche se reticente, Dahrendorf non può che riprendere il cammino indicato da Weber a partire dal sentimento di obbligazione o, meglio, dall’ubbidienza che costituisce l’altra faccia dell’autorità e che è dovuta a un potere ritenuto “legittimo”: si tratti di una “vocazione” professionale, della fedeltà a una istituzione, della chiamata da parte di un Dio.

Ne ha fatti, di guai, quel sentimento di ubbidienza.

Ma, come – dopo una guerra – i superstiti si aggirano tra le macerie delle città distrutte, così il sociologo si trova davanti allo spettacolo di un’autorità ferita, frammentata, dispersa in mille rivoli, bisognosa di riconoscimento più che capace di imporre una vera fedeltà. A chi ubbidire, oggi dopo esserci proclamati liberi?

Frammentandosi, l’autorità perde autorità? E in favore di chi? Esiste una post- libertà capace di affrontare la post-democrazia? Per provare a rispondere a queste domande è necessario prendere atto dei nuovi conflitti – del nuovo tipo di conflitti – cui dà luogo l’esplosione dell’Autorità in una miriade di istanze che incessantemente si affrontano, confrontano, si accavallano su uno scenario nel quale è ormai diventato difficile riconoscere i contendenti che continuamente si scambiano di parte.

È la nuova autorità – de-strutturata come le giacche alla moda – a condizionare ogni indagine sulla possibilità di una società “quasi giusta”, “quasi civile”, “quasi libera”.

In questa ricerca non aiutano parole vecchie o inautentiche come “liberale”, “borghese”, “elettore”.

L’idea liberale ha rivelato la propria insufficienza ed è tramontata sfumando in un’ambigua *liaison* con la socialdemocrazia. La ‘borghesia’ non esiste più: forse in Italia non è

mai esistita come forza sociale poderosa e traente, ma solo come aspirazione piccolo borghese e fascistoide. Occorrono parole nuove, intorno alle quali provare a costruire l'idea di una nuova società: "persona", "cittadino", "comunità", "partecipazione", "solidarietà", "giustizia".

"A voi, parole, orsù, seguitevi!"

Così Ingeborg Bachmann in una sua poesia (*"Ihr Worte"*) che si conclude con una esortazione:

*"E soprattutto niente immagini
Tessute nella polvere, vuoto rotolare
Di sillabe, parole di morte.
Non una parola di morte,
o parole!"*

Soprattutto bisogna tornare a interrogarsi sulla questione dell'autorità, dell'obbedienza, del conflitto sociale.

A questo scopo Dahrendorf riprende da Weber il principio di autorità (*Herrschaft*) come la probabilità che un ordine riceva obbedienza da parte di un gruppo specifico di soggetti, resi tali da e precisamente riconoscibili in questo "essere soggetti". La soggettività, in questo senso, non può prescindere da una qualche forma di soggezione. Siamo ciò cui ci sottomettiamo.

L'autorità, il comando legittimo, divide necessariamente in due gruppi: "noi" (a seconda dei punti di vista e delle situazioni rilevanti) e "loro", con il sottinteso che – nel gioco del potere – queste due parti dovrebbero essere suscettibili di venire scambiate con sufficiente frequenza e facilità.

"Noi" e "Loro": il paradosso è che questi ruoli – anziché rafforzare il sentimento di appartenenza all'una o all'altra categoria – sono intercambiabili, fluidi. Contradditori. Siamo "Noi" oppure "Loro" a seconda delle situazioni, delle aspettative, degli innumerevoli diritti vantati. Diventiamo "casta" non appena partecipi di un qualsiasi privilegio; diventiamo "senza potere" nel momento in cui veniamo esclusi da quel privilegio.

Tanto più i ruoli si fanno confusi, tanto più aspro e radicale diventa il conflitto per una precaria supremazia. Il gruppo titolare del comando e quello titolare dell'obbedienza si combatteranno senza quartiere: il primo per mantenere la propria supremazia il secondo per sottrarvisi e possibilmente sostituire il primo.

Nello scenario immaginato da Marx (e anche, in parte, da Weber) la "classe" esprimeva una rigidità massima della società. Il passaggio da "diseredato" a "ricco borghese" non poteva avvenire che attraverso traumi, spesso in forme romanzesche e criminali (Edmond Dantès, nel "Conte di Montecristo", il forzato Magwitch nelle "Grandi Speranze" dickensiane) che ne avvaloravano la sostanziale irrealità.

La questione importante, oggi, è se questa "rappresentazione" (e le parole che essa trascina con sé) sia ancora, non dico "valida", ma in grado di fornire spiegazioni utili per il "che fare" a chi cerchi di comprendere in quale direzione, in quali direzioni contemporaneamente si muove la società.

Il crollo del muro di Berlino ha segnato – in forma davvero "epocale" – la risposta negativa a quella domanda, togliendo ogni alibi residuo alle pretese dell'ideologia non di "indicare" una direzione ma di "spiegarla" come necessaria e ineluttabile. Dopo il crollo del muro la questione è stata: quale conflitto, e tra chi? Quale deve essere il ruolo del principio di autorità? A chi dobbiamo obbedienza, fedeltà, lealtà, come individui e come cittadini?

È, a ben vedere, la domanda che - in modo tumultuoso – il "gentleman in Warsaw" rivolgeva a Dahrendorf, e alla quale il dotto anglo-tedesco si accingeva a rispondere, autentico "erasmiano", mentre contemplava dalla finestra del suo studio "...il vario e affabile complesso del St. Antony's College". Chi è "noi" e chi è "loro"?

E quando noi siamo "loro" e loro sono "noi"?

Il possesso dei mezzi di produzione non consente più risposte sicure, anche perché i "mezzi di produzione", come i principali beni della vita, si sono fatti sfuggenti, inafferrabili, immateriali e noi ci aggiriamo, in preda a bisogni e desideri, in mezzo a una folla variopinta di fantasmi.

Forse è questo lo spettacolo che ci si presenta alla fine della "notte polare" weberiana. Le luci in fondo al tunnel erano quelle di un Luna Park o del collodiano Paese dei Balocchi: il Tramonto dell'Occidente in Technicolor e 3D.

La realtà che ci si presenta è quella di una nuova divisione, non meno – forse più – radicale della vecchia: una divisione non in blocchi militari e ideologici, ma in blocchi economico-finanziari la cui tendenza è verso una nuova e più aspra radicalizzazione del conflitto.

Una miriade di aspettative ("il diritto di avere diritti" secondo una formula divenuta popolare) si confronta con un potere che, per quanto molteplice e all'apparenza anti-totalitario, ancora una volta aspira a monopolizzare intorno a sé ogni forma di obbedienza civile.

Ogni fonte di autorità è disorientata, il saldo terreno dei valori si sgretola come un castello di sabbia, la stessa sabbia che Canetti poneva a immagine della massa nel suo "Massa e potere".

Ogni potere affonda nella sabbia dura ma cedevole della massa e delle sue pretese.

3. Una società fuori controllo.

È il tema della perdita di controllo da parte di ogni legalità "istituita" sul funzionamento della società.

Ulrich Beck ha coniato con successo il termine "società del rischio" (*Risikogesellschaft*). Zygmunt Bauman ha ottenuto un successo ancora maggiore con la sua "società liquida".

Comune alle due definizioni è il riconoscimento della impossibilità di prevedere (tanto meno controllare) gli effetti perversi della devastante occupazione da parte della razionalità tecnico-tecnologica del territorio in passato saldamente tenuto dalla cultura intesa come *Kultur*. (3)

Viviamo immersi nel "rischio liquido" al punto di non accorgercene nemmeno più. David Foster Wallace lo aveva ricordato – qualche anno prima del suicidio – in un discorso ai laureandi del 2005 del Kenyon College. (4)

"Ci sono questi due giovani pesci che se ne vanno in giro nuotando. Ecco che incontrano un vecchio pesce, che nuota nella direzione opposta, che gli fa un cenno e dice. «Buongiorno, ragazzi. Com'è l'acqua oggi?»

I due giovani pesci non gli danno retta e continuano a nuotare. Poi uno, all'improvviso, guarda l'altro e gli chiede: «Ma che diavolo è l'acqua?»

Anche noi, come i due giovani pesci di Wallace, nuotiamo e ci dibattiamo inconsapevoli in un mare di rischi, responsabilità, diritti e doveri configgenti.

La libertà stessa – affidata all'individuo – si rivela rischiosa ed esposta continuamente al conflitto tra esigenze, aspettative, fedeltà che ne fanno un mare perennemente agitato (5).

È la “società del conflitto” che Dahrendorf rende protagonista della modernità, o – seguendo una moda sempre “posticipatoria” - della post-modernità successiva al declino della società industriale e al crollo, oltre che del muro, delle ideologie che l’avevano sostenuta o avversata. (6)

La “nuova” società sembra dunque fondata sul concetto di *chance*. I conflitti si articolano e svolgono attorno alle *life chances*, in cerca di una ragionevole composizione.

Ogni società basata sul conflitto intorno alle *life chances* deve articolare questa condizione ispirandosi a una fondamentale suddivisione.

L’idea di Dahrendorf è stata di non fondare questa suddivisione su due gruppi di soggetti contrapposti e in lotta tra loro: proletari e capitalisti, ricchi e poveri, collettivisti e individualisti, ma di fondare ogni antagonismo essenziale su una base oggettiva che, per così dire, “mescola le carte” del mazzo. Ognuno, in base a questo nuovo antagonismo, può trovarsi a volte da una parte e a volte dall’altra. L’idea di *chance* - in questo senso - riunisce le due principali accezioni del termine: caso e azzardo, ma anche opportunità e buona sorte. (7)

La contrapposizione essenziale – come noto – è quella tra *provisions* (disponibilità effettiva di beni, materiali o immateriali) ed *entitlements* (diritto formalmente riconosciuto di accedervi).

Gli *entitlements* esprimono la possibilità *legale* di accedere a beni, servizi, risorse che assicurano altrettante *chances* di vita e opportunità di benessere nella libertà. È compito della *politica* assicurarne l’accesso da parte del maggior numero possibile di individui.

Le *provisions* sono affare dell’*economia* e riguardano la concreta produzione e distribuzione di beni, servizi, risorse: in sostanza la produzione di quella ricchezza che la politica dovrebbe incaricarsi di distribuire e il diritto di garantire.

La “perdita di controllo” della società dipende in larga misura dal venire meno della situazione di sostanziale equilibrio che si era stabilito – nella società industriale – tra i due elementi, tra economia e politica, piuttosto che, all’interno di ciascuna di esse, tra tendenze “collettiviste” e tendenze “liberiste”.

Seguendo l’insegnamento weberiano, tuttavia, Dahrendorf non fa di questi elementi delle entità categoriali rigide, ma le considera in modo “idealtipico”, come strumenti intellettuali per riflettere meglio sui rapporti che in ogni società si stabiliscono tra opportunità di benessere, società civile e libertà politica. Nella realtà, la distinzione non è mai verificabile in forma “pura”, ma può accadere che *entitlements* presentino le caratteristiche di *provisions* (diritti si pongano come beni) e viceversa; che gli uni avanzino più velocemente delle seconde o che la ricchezza si ri-produca restando indifferente alla questione dei destinatari. (8)

Si può dire, da questo punto di vista, che un equilibrio, per quanto precario, era stato garantito dall’esistenza di due blocchi e – sotto il profilo militare – dalla famigerata “balance of terror”, esempio paradossale di uso a fini di pace della minaccia di una reciproca distruzione nucleare. (9)

Lo squilibrio si manifesta – come ha osservato Arnaldo Bagnasco (10) - sul finire degli anni ’80, sul versante occidentale con la svolta liberista inaugurata nel mondo anglosassone da Margaret Thatcher e Ronald Reagan, e sul versante orientale con il crollo del muro di berlino.

Il vecchio equilibrio si rompeva, senza che ve ne fosse uno nuovo pronto a sostituirlo.

Le politiche social-democratiche, in particolare, rivelavano la loro composita, irenica ambiguità.

La necessità - resa stringente dal confronto con l’avversario

- di aumentare la produzione di beni (*provisions*) accessibili al maggior numero possibile di individui, aveva richiesto unità economiche sempre più impegnate sulla quantità e meno sulla concorrenza. Lo Stato si era prestato volentieri a questa funzione attraverso pesanti interventi nel settore dell’economia. I sindacati, per parte loro, avevano colto l’occasione di porsi come interlocutori unici e monopolisti della gestione del rapporto della produzione con i lavoratori. Ne era derivato che – così Dahrendorf (11).

“...la realtà delle moderne economie (era) un sistema misto di ordinamenti proprietari pubblico-privati e di strutture decisionali oligocentriche.”

Il problema era ora – ed è tuttora – cosa sostituire a quel sistema, risultato estremo del processo di razionalizzazione tecnica e burocratizzazione descritto da Weber ne “L’etica protestante e lo spirito del capitalismo” con l’immagine potentemente tragica della “notte polare”, dominata da “specialisti senza intelligenza” e “sensuali senza cuore”. (12) Per fare fronte alla crisi di legittimazione della socialdemocrazia non era possibile un ritorno all’etica protestante. Non era sufficiente richiamare in servizio il vecchio “capitalismo di risparmio”, fondato sulle antiche virtù ma anche sugli antichi vizi.

Il mondo occidentale era chiamato a “scelte tragiche”, per usare la fortunata espressione di Guido Calabresi. Per restare competitivi in un mercato globale caratterizzato dall’irrompere di nuovi paesi, nuovi o estranei alla democrazia liberale, sembrò inevitabile l’adozione di misure suscettibili di danneggiare irreparabilmente la coesione sociale e il processo di partecipazione politica. Si prospettavano fatali misure restrittive delle libertà civili e dei diritti umani, che minacciavano – e tuttora minacciano – di condurre verso nuove forme di autoritarismo, ignote al secolo XX.

4. La “quadratura del cerchio”.

La domanda che Dahrendorf poneva negli anni ’90 del secolo scorso è oggi, a quasi trent’anni di distanza, di ancor più drammatica attualità. Come far quadrare il cerchio? E come consentire al sistema complessivo delle istituzioni di riprendere il controllo della società?

La “quadratura del cerchio”, come è noto, consisteva per Dahrendorf nel raggiungimento di un risultato – appunto – riconosciuto impossibile: il coesistere, in una società teoricamente “globale” e mondiale, di *bene*ssere *economico diffuso*, *coesione sociale* (quella che si dice la “società civile”) e – *last not least* – *libertà politica* (13). L’equilibrio ragionevole dei tre elementi fondanti era stata la realizzazione di quello che egli chiamava con nostalgia “il primo mondo”, “...un posto non poi tanto brutto in cui vivere e prosperare” (14), contrapponendolo al “secondo mondo” - quello del socialismo reale – e al “terzo mondo” della miseria, delle malattie, della fame, della arretratezza senza speranza.

Il paradosso e insieme la scommessa di Dahrendorf investivano la capacità del primo mondo (identificato con l’Occidente) di resistere alle tendenze disgreganti che ne minacciavano la sopravvivenza, prima ancora che la supremazia. Ma – soprattutto – la scommessa e il paradosso riguardavano il fatto che proprio da quel mondo, investito da una crisi densa di minacce quale mai la storia aveva registrato, egli si attendesse una nuova “quadratura del cerchio” capace di sottrarre gli uomini (tutti gli uomini, non solo quelli del “primo mondo”) alla perdita del bene più prezioso: quello della libertà politica, economica, sociale.

A distanza di quasi trent'anni, secondo quanti si sono cimentati in un commento postumo al saggio di Dahrendorf, il giudizio unanime è che al pessimismo dell'analisi del sociologo anglo-tedesco si deve aggiungere oggi il pessimismo ulteriore sulle sue conclusioni di allora. Si può dire, anzi, che le sue analisi si siano andate, con gli anni, "iper-realizzando", mentre le proposte che egli aveva "modestamente" e swiftianamente avanzate non hanno trovato attuazione né ascolto presso quello che egli aveva individuato come il 'primo' mondo.

La "new left", la "terza via" e le sue varie declinazioni, dal blairismo al ben più modesto "renzismo", hanno denunciato ampiamente la loro futilità, se non una più che volenterosa disponibilità verso il "new capitalism". La globalizzazione ha creato una classe media anonima, atomizzata, priva di radici, "abbandonata a lavori precari e a una mobilità economicamente inevitabile e socialmente devastante" (15) Ha disarticolato contemporaneamente borghesia e proletariato, facendo del mercato – più che il principale misuratore del potere, il Potere per eccellenza, il nuovo Principe..

La "new left" cede il campo alle tentazioni – non più solo tali – del "new authoritarianism", versione geneticamente modificata dell'obsoleto totalitarismo. Se la società industriale aveva prodotto il totalitarismo, modellandone sulla figura dell'operaio taylorista, la nuova società delle tecnologie informatiche sta producendo un nuovo autoritarismo modellandolo sulla figura paradossale dell'individuo-massa, sempre raggiungibile, computabile, "esploitable", "connesso". La sospensione delle libertà non viene più imposta dall'alto ma invocata dal basso.

La competitività impone la rinuncia a importanti diritti, l'esclusione diventa la regola spietata sulla quale fondare la pratica della cittadinanza. Le violazioni dei "cosiddetti" diritti umani si fanno tanto più clamorose e massicce, quanto più la loro enunciazione si riduce a mantra per convegni e sterili denunce. Le guerre, sempre più tecnologicamente feroci e devastanti, hanno eletto le popolazioni civili a loro bersaglio. Al terrorismo internazionale si è affiancato quello dei tribunali militari creati al di fuori da ogni giurisdizione e liberi di fare dell'arbitrio il nuovo diritto. (16) Gli *extra-judicial killings*, le uccisioni in nome dello Stato, perpetrata al di fuori della legalità "giudiziaria", sono diventati pratica diffusa e tollerata. E poi le restrizioni alla libertà delle persone nei paesi più avanzati, le tensioni xenofobe, l'allargarsi delle differenze di reddito, la nuova povertà, i fundamentalismi religiosi e – *last not least* – la devastante crisi finanziaria apertasi nel 2007 e non ancora in via di soluzione.

I cosiddetti "paesi emergenti" del BRICS, infine, sembrano emergere sul piano economico e competitivo grazie alla sistematica e spietata soppressione dei fondamentali diritti politici e sociali, la peggior e più grottesca declinazione del buon vecchio capitalismo di weberiana memoria.

A fronte di questa situazione, è più che ragionevole il dubbio sull'ottimismo manifestato da Dahrendorf a conclusione del suo saggio e sulla possibilità di dare un seguito alle sue tutt'altro che "modeste" proposte. È la stessa idea di libertà che le fonda a non reggere più sotto la spinta di forze tanto brutali quanto – apparentemente – razionali.

Se è vero – come ha sostenuto Lucio Caracciolo nel suo commento alla "Quadratura del cerchio" (17) – che quello dell'Occidente (il "primo mondo")

"...è il solo spazio istituzionale e valoriale in cui la quadratura del cerchio è teoricamente possibile", mentre è impossibile aspettarcela dalla Cina, dal mondo arabo, o da una delle altre aree

economiche "emergenti", è altrettanto vero che l'Occidente è il principale se non l'unico depositario-interprete della struttura intrinsecamente *tragica* del dilemma tra libertà ed egualianza (18).

Delle sei proposte di Dahrendorf, di fatto, nessuna ha trovato una sia pure parziale realizzazione dopo quasi vent'anni. L'economicismo e il suo linguaggio dominano più che mai e il PIL è un feticcio al quale ogni altra esigenza deve inchinarsi. Il lavoro stenta ad abbandonare la dimensione di scelta esistenziale che lo aveva caratterizzato nei due secoli scorsi. Il part-time e il precariato vengono vissuti come condanne all'incertezza e alla fragilità del futuro individuale, esposto ai capricci del mercato.

Si sono create sacche sempre più estese di sotto-proletariato (e di vera e propria povertà) che è quasi impossibile recuperare: la marginalità è divenuta per molti una condizione normale di vita.

La razionalità imposta dal mercato si è tradotta in una crescente centralizzazione burocratica che ha scavalcato i confini degli Stati senza creare un nuovo e più ampio senso di appartenenza. Le comunità locali e le formazioni sociali intermedie stentano a trovare la giusta misura rispetto a una globalizzazione che sembra condannarle a un implacabile opera di livellamento.

Lo stesso deve dirsi per gli *stakeholders*, la costellazione di comunità 'minori' che gravita attorno a un'attività economica: dipendenti, fornitori, clienti, banche, comuni, utenti.

I governi, infine, e per governi intendiamo la politica, sembrano sempre meno in grado di gestire le proprie responsabilità nei confronti della sfera pubblica: la crisi dei servizi pubblici di interesse generale ne costituisce l'esempio lampante. I tentativi di introdurre i valori dell'efficienza, della competitività e del profitto, hanno rivelato in pieno la dimensione *tragica* delle democrazie liberali, anche nella versione *labour*.

La globalizzazione detta l'agenda dei governi come quella delle istituzioni internazionali. Più che di una "perdita di controllo sul funzionamento della società", dunque, si dovrebbe parlare di una assunzione pressoché esclusiva di quel controllo da parte della globalizzazione, e dell'economia a scapito della politica.

Lo squilibrio tra *entitlements* e *provisions*, come la mancata "quadratura del cerchio" tra benessere economico diffuso, coesione sociale e libertà politica, sono da attribuire non a un venir meno di complessive capacità di controllo, ma dall'acentrarsi di questa funzione sulle leve economico-finanziarie che controllano e determinano gli altri due elementi: la coesione sociale (la "società civile") e la democrazia.

Una verifica concreta di questa situazione è stata data qualche anno fa dal sociologo Arnaldo Bagnasco (19) il quale ha messo alla prova il teorema di Dahrendorf, formulato nell'età della deregolazione, delle nascenti globalizzazione e finanziarizzazione dell'economia, in cui il capitalismo si faceva sempre più "...mobile, impaziente, disordinatamente speculativo".

A questo scopo Bagnasco ha preso in esame tre paesi europei: due dei quali – la Svezia e la Germania – hanno mantenuto un buon rapporto tra i tre elementi, mentre il terzo – l'Italia – costituisce, nel 'primo mondo', un esempio tra i più fragili.

Guardando allo sviluppo economico, si rileva che gli effetti della crisi economica si sono manifestati anche nei primi due paesi posti a base della verifica. La Svezia, dopo una crisi nel 1990, si è ripresa rapidamente, superando nel PIL la media delle altre economie avanzate. La Germania ha subito le conseguenze, e i costi, della riunificazione, ma non ha tardato a riprendersi dopo il 2009. In sostanza, entrambe le economie "sono riuscite

a mantenere un sentiero di sviluppo in momenti di grandi turbolenze, che pure hanno pesantemente avvertito”.

Guardando alla coesione sociale, preso come indice il grado di disegualanza dei redditi familiari, si può rilevare – in base ai dati Ocse – che Germania e Svezia sono riuscite a contenere la crescita della disegualanza, rispetto a Stati Uniti, Regno Unito e Italia, che si trova al vertice negativo di quella classifica.

La conclusione che Bagnasco trae da questi dati è che – all'interno di una società sufficientemente solida – le crisi economiche non alterano in modo significativo il rapporto tra benessere diffuso e coesione sociale (in termini di disegualanza nei redditi). In sostanza, non è inevitabile che sviluppo e coesione (i primi due elementi della triade) si divarichino in misura allarmante. In sistemi a minore coesione, minore produttività, minore capacità di competere e innovare – viceversa – la tendenza alla divaricazione tende a mettere in crisi l'intero sistema, già fragile: alla disegualanza dei redditi si associano disoccupazione, precariato, rischio di povertà, crisi del sistema di *welfare*, instabilità accompagnata da un irrigidimento della stratificazione sociale.

Per quanto riguarda l'Italia, siamo ancora in attesa di una vera ripresa economica, mentre la disegualanza dei redditi – già superiore a quella degli altri paesi Ocse – è andata crescendo, subendo un'impennata che dai primi anni '90 non è stata più riassorbita. In base ai dati ISTAT riferiti al 2010, un quarto degli italiani era a rischio povertà o emarginazione: oggi si parla già di un terzo.

A questo punto diventa decisivo l'esame del terzo elemento: quello della libertà politica o, più semplicemente, del grado di democrazia.

Posto che in nessun paese europeo la democrazia è venuta meno, mentre non è cresciuta in modo significativo nei paesi emergenti, si registrano tuttavia, in alcuni paesi europei, allarmanti tendenze al peggioramento della qualità della democrazia.

I due fenomeni (condizioni crescenti di difficoltà per la democrazia in Occidente, sostanziale fallimento dei tentativi di innestarla nel contesto di altre culture e realtà politiche) sembrano indicare che i “valori” su cui si fonda una democrazia non sempre – anzi quasi mai – coincidono con la sua pratica e con la ‘qualità della vita’ che essa dovrebbe/vorrebbe assicurare: per dirla alla Dahrendorf, con un equilibrato rapporto tra *entitlements* e *provisions* oppure – ma è la stessa cosa – tra benessere economico, società civile e libertà politica. La quadratura del cerchio, in sostanza, si risolve immancabilmente in una figura sghemba, instabile, dalla geometria scandalosa.

Scandalosa e – aggiungiamo noi – banale, nel senso che i paesi in cui questo equilibrio è abbastanza consolidato, la democrazia e le sue istituzioni vanno, per così dire, “da sé”; non ci sono crisi economiche né variazioni nella coesione sociale capaci di determinare una crisi delle libertà politiche fondamentali di cui possono godere i cittadini. Nei paesi, viceversa, in cui questo equilibrio manca o è del tutto precario, una crisi economica o uno scarto ulteriore nel divario tra le componenti (mai dire classi) sociali incidono in modo allarmante sia sul benessere generale che sulla coesione sociale ma, soprattutto, sulle già precarie condizioni della democrazia.

I segnali sono molteplici e vanno dal venir meno degli spazi di partecipazione e autonomia degli individui, al controllo dei sistemi di rappresentanza da parte delle lobby politico-economico-finanziarie, coadiuvate dai tecnici della comunicazione di massa, al proliferare di decisioni politiche prese sulla base di accordi più o meno espliciti tra governi, lobby,

agenti di interessi multi-nazionali: il tutto nella crescente apatia di un'opinione pubblica rassegnata che sempre più si riconosce nelle organizzazioni dell'anti-politica o nella scelta amara del non voto.

La democrazia è uno strano fiore, molto delicato, un'orchidea – poniamo – che richiede per crescere e svilupparsi cure infinite e un habitat appropriato, che nessun decisionismo politico-militare-ideologico può illudersi di sostituire, in buona o in mala fede.

Ha probabilmente ragione chi – rileggendo Dahrendorf a distanza di anni (20) – considera l'Occidente “il solo spazio istituzionale e valoriale in cui la quadratura del cerchio è teoricamente possibile. Non possiamo aspettarcela dalla Cina né dalla Malesia, né dal mondo arabo né tanto meno dai tribalismi autoritari africani. Così come appare improbabile contare, almeno nel prossimo futuro, sulla Russia o sul Kazakistan.”

Lo stesso Dahrendorf, in un suo articolo dal titolo “Le tigri della Malesia all'attacco dell'Europa” (21) osservava, da liberale popperiano che aborrisce le “soluzioni ottimali”, come sia “...tipico delle vicende umane che i rimedi non siano così risolutivi quanto le diagnosi.”

Occorre quindi partire dalle diagnosi, senza fidarsi troppo dei rimedi offerti o propagandati.

5. Dalla cittadinanza alla persona.

Non è certo questa la sede per tentare una diagnosi, ma un dato tra i molti si presta a offrire alcune indicazioni sullo stato della democrazia, o sulla “post-democrazia” *tout court* in Occidente.

Quel dato è costituito dalla perdita di senso delle pratiche connesse alla cittadinanza, non solo come principio “valoriale” e fondante, ma come esercizio pieno, e pieno godimento, della qualità di cittadino. La rappresentanza politica sembra essersi sostituita d'autorità, esaurendone la funzione, alla “pienezza” della cittadinanza.

La nostra Costituzione – da troppi definita enfaticamente come “la più bella del mondo” (come se, paga di questo titolo dovesse rinunciare alla pretesa di vedersi attuata) – esprime il bisogno e la speranza di dare alla cittadinanza un senso nuovo. Costituzione tutt'altro che perfetta (nessun documento giuridico lo è, dovendosi misurare col duro mondo dell'essere), la nostra Carta è dotata di qualità profetiche, le stesse, paradossalmente, che avevano consentito ai giuristi di considerare una gran parte delle sue disposizioni come semplicemente ‘programmatiche’ e quindi eludibili. “*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.*

La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.” (art. 1)

“*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*” (art. 2)

“*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*”

“*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'egualianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della personalità umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*” (art. 3)

In una Costituzione le parole, e la stessa punteggiatura, valgono più del doppio.

“*Repubblica*”, “*democrazia*”, “*lavoro*”, “*sovranità*”, “*popolo*”,

“diritti dell’uomo”, “persona”, “solidarietà”, “cittadino”, “dignità sociale”, “libertà ed egualianza”, “partecipazione” sono le “parole chiave” per chi voglia leggere davvero la Costituzione e non semplicemente farsene bello.

Queste sono davvero le parole cui si riferiva Ingeborg Bachmann nella poesia *“Ihr, Worte”* (“A voi parole”): inquietanti e persino divisive, ma vive.

La punteggiatura e le pause non sono meno importanti.

L’Italia è una Repubblica democratica (virgola) ed è fondata sul lavoro.

La sovranità appartiene al popolo (virgola) che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge (virgola) senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

La prima enunciazione è assoluta e inderogabile, la seconda è semplicemente esplicativa: si direbbe diretta a chi non abbia pienamente compreso la prima, o voglia considerarla puro ornamento retorico.

La triade *“politica, economica, sociale”* è inscindibile sia dalla ‘solidarietà’ che dalla ‘organizzazione’: non ci sono vera solidarietà, né vera organizzazione sociale, se non le si declina contemporaneamente sui tre fronti. E anche la parola “libertà” è inscindibile da “egualianza”: l’egualianza è possibile solo tra liberi, e la libertà solo tra eguali.

Se è vero che qualità principale della nostra Costituzione non è la sua mitica – sotto certi profili illusoria – perfezione “tecnico-istituzionale”, ma sono la problematicità e “proiettività”, in nessuna sua parte questa problematicità e questa proiettività sono così evidenti come in quelle dedicate al trattamento della cittadinanza e della figura del cittadino-persona.

Nella situazione attuale delle società occidentali del “primo mondo” la cittadinanza costituisce infatti sia il problema che la soluzione in prospettiva della “quadratura del cerchio”. Quale rapporto deve istituirsi tra cittadino e persona? Quale spazio occupa e delimita una cittadinanza dalla quale resti escluso chi è – semplicemente? – persona In nome di chi e di che cosa vengono posti – con pretesa di legittimità – questi limiti *“ad excludendum”*? Di quale *“civitas”* si suppone facciamo parte? E che senso ha questo stesso “far parte” o “appartenere”?

La risposta a queste domande è nella Costituzione, ma bisogna saperla riconoscere, avvertiti del fatto che non sarà sempre identica, ma verrà condizionata dal modo in cui sarà stata formulata la domanda e soprattutto dall’intenzione e dai motivi di chi la interroga. Come sempre, ciò che conta non è tanto la risposta, quanto il modo in cui è formulata la domanda. È questo, in fondo, il meraviglioso carattere “oracolare” e “domandante” – più che “progressista” – di una Costituzione come la nostra.

“Cittadino”, “persona”. La non identità di due termini non significa necessariamente contrapposizione ma può indicare – a seconda dei casi – complementarietà, progressività, rapporto da mezzo a fine: positiva e feconda problematicità.

È arduo sostenere che l’articolo 3 della Costituzione riguardi, sia nella prima che nella seconda parte, solo i cittadini in senso tecnico-giuridico, e non ogni “persona”, specie dopo che – all’articolo 2 – la Repubblica si è impegnata a “riconoscere e garantire” i diritti inviolabili dell’uomo, come singolo e nelle formazioni sociali. Ed è ancora difficile escludere chi cittadino non è, dal diritto all’esercizio delle libertà democratiche che gli venga negato nel paese di origine (art.9, III Cost.).

Cosa distingue e lega insieme le due nozioni? Certamente

l’essere riconosciuti come “persona” non implica l’attribuzione di uno “status” giuridico particolare; per sua natura infatti lo “status” crea esclusione e differenze assistite da forme riconosciute di legittimità.

La persona si pone al di là della cittadinanza, che ne costituisce, per così dire, una premessa, una condizione indispensabile: modo per allargare progressivamente talune condizioni che, all’origine, si presentano sotto il segno del privilegio. Nella maggior parte dei casi, l’attribuzione dello “status” di cittadino, e la perdita conseguente della condizione di “straniero”, meteco, segna un passo verso il riconoscimento anche giuridico del carattere naturalmente cosmopolitico della *civitas*.

L’attribuzione della cittadinanza può essere considerata come il mezzo che il diritto adotta in vista del riconoscimento pieno della qualità di “persona”.

La costruzione della cittadinanza in senso moderno avviene, precisamente, attraverso un continuum che va dalla cittadinanza in senso stretto (statuale) alla persona. Questo percorso, non privo di conflitti e contraddizioni, deve essere valutato e individuato non in base a prospettive eccessivamente ottimistiche (o – in modo simmetrico – eccessivamente negative), ma sulla base delle acquisizioni graduali che ne segnano le tappe seguendo la stella polare dell’egualianza di diritti e di opportunità (le chances di Dahrendorf).

Attraverso questo processo, opportunamente favorito e implementato, si potranno realizzare sia il miglior equilibrio possibile tra entitlements e provisions, sia la (tendenziale) quadratura del cerchio tra benessere economico, società civile e democrazia.

Allargandosi la *civitas*, anche la cittadinanza assume sempre più i colori di una paradossale universalità capace di accogliere in sé le differenze, senza soffocarle od opprimerle.

Se non esiste il “cittadino assoluto” o universale, esiste una comunità che tende a farsi tale, grazie anche al riconoscimento delle diversità che la animano.

Questa aspirazione moderna – di marca illuminista e occidentale – può farsi risalire a due date e due documenti: la Dichiarazione di Indipendenza americana, del 1776, e la Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino (1789).

La “dichiarazione” americana mirava infatti a estendere lo “status” e i privilegi del cittadino inglese a tutti i coloni che – quale ne fosse l’origine – avevano fatto del nuovo continente la loro patria. Tra gli addebiti mossi al Sovrano inglese vi era infatti quello di aver cercato di prevenire il popolamento di questi stati, ostacolando a tal fine le leggi di naturalizzazione degli stranieri e rifiutandosi di passarne altre, volte a incoraggiare l’immigrazione.

La “dichiarazione” del 1789, approvata dall’Assemblea nazionale francese, associa sin dal titolo – sia pure in forma prevalentemente retorica, a differenza della “dichiarazione” americana – la condizione del cittadino a quella della persona umana. La formulazione “diritti dell’uomo e del cittadino” vi compare per tre volte: nel titolo, nel preambolo e nell’art. 12.

Per quanto giudicata, allo stesso tempo, ridondante e ambigua, quell’espressione non stava a indicare un programma immediato, ma piuttosto un obiettivo utopico rispetto al quale orientare, nelle condizioni date, l’azione politica, secondo un principio pragmatico di progressività che passa inevitabilmente attraverso le forche caudine delle nuove, o eterne, differenze.

La nuova differenza non passava più tra sovrano e sudditi, straniero e “cittadino”, o tra schiavo e padrone, ma, secondo il nuovo schema liberal-borghese, tra cittadini “passivi” e citta-

dini “attivi”, distinzione introdotta dalla stessa Assemblea nazionale francese – a quattro mesi di distanza dalla “Dichiarazione” – con la legge del 22 dicembre 1789. Ai cittadini “passivi” spettano i diritti “naturali e imprescrittibili” dell’uomo; ai cittadini “attivi” – secondo una gradazione che rispecchia le differenze di reddito – spettano in più i diritti politici, che gli attribuiscono il diritto di prendere decisioni vincolanti non solo per sé ma anche per gli altri, i cittadini “passivi”.

Oggi, “in quest’epoca di popoli sradicati”, (22) non ha più senso – né pare possibile – lasciare che la cittadinanza resti chiusa nel suo giardinetto, *hortus conclusus* sempre meno privilegiato e sicuro. Popoli interi sono in cerca di un nuovo paese in grado di accoglierli e la cittadinanza è il solo strumento che il diritto è in grado di offrire loro in questa ricerca. Il popolo disperso per antonomasia, gli ebrei, se ne sono costruita una *ad hoc*, attraverso la “legge del ritorno” varata da Israele nel 1950. È un peccato che quella legge si sia trasformata a sua volta in una causa di esclusione per quanti – Palestinesi – sarebbero i primi ad essere legittimati (23) al ritorno.

Chi non è “cittadino” non potrà essere pienamente “persona” ma sarà sempre esposto a soprusi, violenze, deportazioni. Punto di riferimento di questa rivoluzione “democratica” (quello che non è stata la rivoluzione liberale) è la *Dichiarazione Universale dei diritti umani*, approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, il cui articolo 21 recita:

“Ognuno ha diritto di partecipare al governo del proprio paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelti.”

In questo dettaglio – è stato detto acutamente da V. Mura – è racchiuso il significato della svolta epocale che la *Dichiarazione* del ’48 compie, ricongiungendo, da un lato, “uomo” e “cittadino” e, dall’altro, “uguaglianza” e “libertà”, intesa quest’ultima nella duplice accezione di libertà negativa e di libertà positiva (o autonomia). In questo modo riconoscendo che tutti gli uomini sono titolari dei diritti politici, cioè che l’*homme* non può non essere considerato *citoyen*, la *Dichiarazione* riconosce implicitamente che tutti gli esseri umani, senza distinzione alcuna, hanno il diritto di vivere in una democrazia, vale a dire di essere investiti della cittadinanza in tutti i suoi aspetti: sociali, politici, economici, obblighi e doveri compresi.

Meritano di essere sottolineate, in particolare, le espressioni “ognuno” e “proprio paese”, nel senso che non può esservi un “ognuno” senza un “paese proprio”, che gli appartenga e cui egli appartenga, un Paese inteso non necessariamente né esclusivamente in termini territoriali e geografici, privato del quale quell’ognuno diventa un *nessuno*.

Nello stesso senso deve leggersi, all’art. 7, l’affermazione per cui nessuno può essere privato della personalità giuridica, a significare che “cittadino” è chiunque sia titolare di una serie di diritti fondamentali all’interno di un ordinamento giuridico.

Nella realtà non è affatto semplice trasportare incolume questa idea di cittadinanza al di là dei reticolati dell’inclusione-esclusione. Ciò che vale per la teoria non sempre – o quasi mai – vale per la prassi, come diceva Kant, osservando però che quando la prassi non corrisponde alla teoria ciò non indica una superiorità della prassi, ma solo il fatto che non c’è stata abbastanza teoria.

Se è vero che, per fare superare alla nuova dimensione della cittadinanza la trappola dell’ inclusione-esclusione, occorre sempre un atto *politico* – quindi eminentemente pratico – è altrettanto vero che se l’operazione non riesce, o non riesce

del tutto, ciò si deve in gran parte a una insufficiente lavoro della teoria.

Quale “paese”, dunque, è “proprio” di ognuno, perché possa farne un cittadino nel senso che si è indicato? La domanda sembra riproporre una situazione di *dejà vu*, legata all’esperienza medievale, straordinariamente versatile nel destreggiarsi tra le pretese universalistiche dei due poteri dominanti (Chiesa e Impero) e quelle ‘particolari’ degli ordinamenti comunitari e di ceto.

I diritti proclamati “universal” provano ancora una volta a declinarsi nel “particolare” attraverso la pretesa di partecipare *uti singuli* alle decisioni “politiche” e a quelle che – tornando alla distinzione di Dahrendorf – assegnano le *provisions* in base agli *entitlements*, le risorse (materiali o immateriali) in base alle legittime aspettative (i diritti).

La cittadinanza, insomma, deve perdere i propri caratteri nazionali o etnici, senza dissolversi nel *vacuum* di una dimensione cosmopolitica.

“Prima di augurarsi che l’uomo diventi cittadino del mondo – conclude Mura (24) – bisognerebbe perciò augurarsi che tutti gli abitanti del mondo abbiano la possibilità di diventare cittadini”.

Il senso di questa nobile affermazione sta nel riconoscere che non vi è cittadinanza possibile senza una *legitimazione*, e che questa *legitimazione* può venire soltanto da un ordinamento fondato sul diritto e, soprattutto, sul potere del diritto di affermarsi anche con la forza, senza la quale nessun ordinamento può aspirare a reggersi.

È il paradosso della cittadinanza, che – nella sua aspirazione a farsi mondo e quindi a superare le mura della *civitas* – tuttavia ha bisogno, per crescere e riconoscere, della protezione di quelle mura.

La nuova idea di cittadinanza si pone dunque come l’esigenza di un nuovo rapporto col potere legittimo e istituzionale, al limite invocando il diritto dei diritti: quello di resistere all’oppressione che viene dal potere.

Che questo potere si identifichi ancora, in grandissima parte, con quello dello Stato nazionale sembra difficile da negarsi. Per quanto se ne siano annunciati il declino ‘inarrestabile’ o addirittura l’agonia in nome di una globalizzazione politica *side effect*, effetto collaterale, di quella economico-finanziaria, la forma Stato mantiene pressoché intatta la presa sull’esercizio effettivo dei diritti formalmente riconosciuti ai cittadini. Le macroscopiche violazioni dei più elementari diritti umani, attuate o consentite dagli Stati al proprio interno, non riescono a essere contrastati da un ‘nuovo’ ordine internazionale sempre più esplicitamente basato sul gioco degli equilibri tra “potenze” nazionali. Anche le infime tra le realtà nazionali (basti pensare alla Corea del Nord) riescono infatti ad assumere rilevanza attraverso gli opportuni inserimenti e le opportune iniziative sullo scacchiere geo-politico.

Predicare la fine dello Stato nazionale in favore di un preteso “costituzionalismo mondiale”, anche con riferimento alla cittadinanza, appare come un esercizio di *wishful thinking* tra i più sterili e illusori.

Vero – e più realistico – è pensare di instaurare un nuovo e diverso rapporto dei cittadini con il potere. Questa è la direzione additata da fenomeni in parte antichi, e ben noti (rinascere dei localismi, dei gruppi di interessi che superano le frontiere statuali, delle formazioni intermedie), in parte inediti e pieni di incognite (la tendenza a risolvere i problemi attraverso l’impiego massiccio delle tecnologie informatiche, il proliferare dei ‘nuovi diritti’ e il loro intrecciarsi dando luogo a forme sempre multevoli di associazione tra gli individui).

Sono questi ultimi a giustificare un radicale cambiamento di prospettiva, rispetto alla visione marxista del conflitto, che non investe più due blocchi contrapposti nella lotta per il controllo dei mezzi di produzione e, quindi, del potere, ma il formarsi di gruppi di interesse variabili, mobili, in continua trasformazione, a partecipazione, per così dire, “multipla”. Chi ne fa parte in relazione a un determinato interesse, può contrapporvisi in relazione a un altro interesse del quale è pure depositario e titolare legittimo.

L'obbedienza – che è l'altra faccia dell'autorità – ne resta come disorientata. A chi ubbidire, a che contrapporsi, in vista di quale interesse?

Per rispondere a queste nuove domande non disponiamo che di istantanee, insufficienti a cogliere mappe di aggregati e transazioni che continuamente modificano l'orizzonte delle nostre scelte politiche.

Sempre più c'è bisogno, come insegnava Kant, di “buona teoria”.

Note:

(1) R. Dahrendorf, “*Reflections on the Revolution in Europe In a letter Intended to have been sent to a gentleman in Warsaw*”, Chatto & Windus, London, 1990, trad. It. “1989. Riflessioni sulla rivoluzione in Europa. Lettera immaginaria a un amico di Varsavia”, Laterza, Roma-Bari, 1999.

(2) Cfr., di G. Galione, “*Ralf Dahrendorf. Una biografia intellettuale*”, Albatros, Roma, 2012. Nell'intervista all'autrice (p.149), Dahrendorf attribuisce alla democrazia continentale una dimensione burocratica che lo induce a schierarsi per la più conflittuale ma libera democrazia parlamentare inglese e americana. “So – conclude sul punto – *I'm very much on the anglosaxon side of those differences*”. “Quindi, mi sento di collocarmi decisamente sul versante anglosassone della contrapposizione”.

(3) Ma qua il discorso dovrebbe investire il rapporto tra sviluppo incontrollato della razionalità tecnica – come paventato da Max Weber - e degenerazione della “cultura” in “cultura di massa” come la forma più adeguata a quella trasformazione. Cfr. il vecchio ma sempre attuale “*Apocalittici e integrati*” di Umberto Eco.

(4) In “*This is water, Some Thoughts, Delivered on a Significant Occasion, about Living a Compassionate Life*”, Little, Brown and Company, New York, 2009

(5) “*Ma che paura ci fa quel mare scuro. Che si muove anche di notte e non sta fermo mai*” (“Genova per noi”, di Paolo Conte).

(6) R. Dahrendorf, *The Modern Social conflict. An Essay on the Politics of Liberty*. Weindelfeld & Nicolson, New York, 1988, trad. Ut. *Il conflitto sociale nella modernità. Saggio sulla politica della libertà*, Laterza, Bari-Roma, 1989.

(7) “Chance” è termine per sua natura polivalente. Può tradurre “caso”, “sorte”, “occasione”, “opzione”, “eventualità”, ma anche “probabilità” e – in senso nettamente positivo – “opportunità”, “occasione propizia”.

Dahrendorf, nella sua ambizione di “riscrivere (re-write) il primo capitolo di *Economia e società*” di Max Weber, dedicato ai concetti sociologici fondamentali, si propone di fondare la propria teoria sul concetto weberiano di *chance*, che a suo avviso avrebbe ricevuto poca o nessuna attenzione da parte dei commentatori.

Chance, in realtà, non sembra avere rivestito un qualche ruolo “sistematico” nella teoria sociologica di Max Weber. A volte ricorre nel senso di “caso”, a volte in quello di “probabilità” e a volte ancora nel senso di “opportunità”. I traduttori italiani di ‘Economia e società’ danno atto di questa difficoltà (M. Weber, *Economia e società* ed. di Comunità, Milano, 1961, p. LII).

“Il termine *Chance* – che designa la possibilità-probabilità di un certo atteggiamento nell'ambito di un determinato processo – viene reso di solito con “possibilità”, soprattutto in contesti come *Lebenschance* (“possibilità di vita”), *regulierte Chance* (“possibilità regolata”), *approprierte Chance* (“possibilità appropriata”), ecc. In altri

casi, invece, il termine non viene tradotto e il plurale viene dato nella forma francese *chances*.⁸

Nella prospettiva di Dahrendorf, affidandosi alle *life chance* l'individuo non si abbandona o rassegna a quelli che diremmo fatalisticamente “i casi della vita”, ma si pone responsabilmente (“virilmente”, direbbe Weber) di fronte alle opportunità, oltre che ai limiti e alle condizioni che la società e le istituzioni gli pongono per rispondere al suo destino, al suo irripetibile, unico *daimon*.

Dahrendorf, per sua stessa ammissione, avrebbe voluto riscrivere Weber, in chiave inglese e liberale, trasformando le *life chance* in altrettante occasioni di libertà.

(8) Cfr. di R. Dahrendorf il saggio *Economic Opportunity, Civil Society and Political Liberty*, poi in *Quadrare il cerchio. Ieri e oggi. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Laterza, Bari, ed. 2009, con commenti di L. Caracciolo, F. Cassano, V. Castronovo, I. Cipolletta, L. Ornaghi, C. Passera, F. Rampini, S. Romano, G.E. Rusconi e M. Salvati.

(9) Epitome e sintesi geniale della “balance of terror” fu il film di Stanley Kubrick “*Il dottor Stranamore, ovvero come ho imparato a non preoccuparmi e ad amare la bomba*”.

(10) Cfr. di A. Baganasco la “lectio brevis” tenuta all'Accademia Nazionale dei Lincei il 14 dicembre del 2012, <http://www.lincei.it/modules.php?name=Convegni&file=list>

(11) R.D., *La libertà che cambia*, Laterza, Bari-Roma, 1995, titolo originale *Lebenschancen. Anläufe sur Sozialen und Politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1979.

(12) M. Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it., Sansoni, Firenze, 1965, p. 306.

(13) Il “modello ideale” prevedeva: un'economia che non si limitasse a offrire una vita decente a tutti ma agevolasse la crescita e offrisse opportunità in questo senso anche a chi non aveva raggiunto ancora la prosperità; una società che avesse realizzato il passaggio dallo “status” al “contratto”, da una “inerte dipendenza” a un “individualismo combattivo”, senza per questo distruggere le comunità in cui le persone vivono; programmi politici e istituzioni che associassero il rispetto dello stato di diritto alla partecipazione politica e alla possibilità di liquidare e scegliere i governi: quello che si dice, in sostanza, la “democrazia”.

(14) R.D., “*Quadrare il cerchio*” cit., p. 3.

(15) Così Eugenio Scalfari, in “*La quadratura del cerchio*” cit., p. 40

(16) Si veda, in proposito, di J. Bravin. *The Courts of Terror. Rough Justice at Guantanamo Bay*, Yale University Press, New Haven e Londra, 2013, che descrive in dettaglio l'esperimento americano di Guantanamo per creare un sistema di giustizia alternativo a quello “legale”.

(17) L. Caracciolo, in “*La quadratura del cerchio*” cit., p. 54.

(18) Così Franco Cassano, nel commento alla “*Quadratura*”, cit., pp. 66-67.

(19) A. Baganasco, “lectio brevis” tenuta all'Accademia nazionale dei Lincei il 14 dicembre 2012, sul tema “*Sviluppo, coesione sociale, democrazia: la quadratura del cerchio?*”, www.lincei.it/files/documenti/lectioBrevis_Baganasco.

(20) Cfr. L. Caracciolo, in “*La quadratura del cerchio, ieri e oggi*” cit., p. 54.

(21) “*La repubblica*”, 21 settembre 1995, ripubblicato in “*La quadratura del cerchio, ieri e oggi*”, cit., p. 43 e segg.

(22) Così T. Judt, in *Reappraisals, Reflections on the Forgotten Twentieth Century*, trad. it. *L'età dell'oblio. Sulle rimozioni del '900*, Laterza, bari-Roma, p. 161.

(23) V. Mura, a cura di, *Il cittadino e lo stato*, Franco Angeli, Milano, 2002, pagg. 13-36.

(24) Mura, op. cit., p. 36.

Appunti sull'amministratore di condominio

Antonio Fontana

Sommario: 1. *Le leggi del 2012-14 sul condominio negli edifici e le critiche ad esse rivolte.* - 2. *L'amministratore, rappresentante dei condomini. Si tratta di rappresentanza volontaria e non ex lege.* - 3. *Qual è il negozio di gestione sottostante?* - 4. *Teatra collettivistica e teoria individualistica. Prevalenza della seconda.* - 5. *L'apporto della giurisprudenza.* - 6. *Riferimenti testuali al contratto di mandato nella legge 11 dicembre 2012 n. 220.* - 7. *Imprecisioni formali della medesima legge.* - 8. *Considerazioni conclusive.*

1. Le leggi del 2012-14 sul condominio negli edifici e le critiche ad esse rivolte.

Tutti concordano nel riconoscere che solo per comodità d'espressione si può parlare di "riforma" del condominio quando si fa riferimento alle leggi 11 dicembre 2012 n. 220 e 21 febbraio 2014 n. 9. La portata innovativa di questi due provvedimenti, che ai fini del presente studio possono considerarsi come un blocco unico, è infatti modesta (1), rispetto a quanto già disponeva il Codice agli artt. 1117-1139 nella loro stesura originaria. Le osservazioni, rivolte ad entrambi, possono così riassumersi: a) sul piano sostanziale si sono limitati a recepire alcune prese di posizione cui la dottrina, ed ancor più la giurisprudenza, erano pervenute già da tempo, nell'interpretare il dettato legislativo, lasciandone però inalterate le scelte di fondo, compiute oltre settant'anni prima, quando il fenomeno dell'urbanesimo, di cui il condominio è fra le manifestazioni più tipiche, non aveva certo le dimensioni odierni; b) su quello della forma si sono lasciati sfuggire l'occasione di eliminare talune improprietà di linguaggio, in cui i compilatori del Codice erano incorsi.

Si tratta di rilievi che investono l'opera dei riformatori nel suo complesso, appuntandosi però, con maggior forza, contro quella parte di essa che riguarda l'amministratore, che è poi la parte centrale. Ciò mi ha indotto a scegliere, per l'appunto, questa figura come oggetto della mia indagine, con la speranza che il tentativo di chiarirne la posizione nel sistema possa costituire altresì un banco di prova per valutare se, e fino a che punto, quelle critiche siano fondate.

2. L'amministratore, rappresentante dei condomini. Si tratta di rappresentanza volontaria e non ex lege.

Un dato sicuro da cui prendere le mosse è che l'amministratore di condominio dispone di un potere di rappresentanza (cfr. art. 1131, primo comma). Sotto il profilo esterno, vale a dire nei confronti dei terzi, lo esplica, ad es., in tutta quella serie di contratti d'opera ch'egli stipula con artigiani variamente specializzati (idraulici, elettricisti, fabbri, muratori, ecc.) ai quali deve ricorrere ogni qual volta un guasto improvviso minacci il funzionamento di quei servizi, o l'integrità di quelle parti comuni dell'edificio, che sono affidati alla sua sorveglianza, ovvero nei contratti di somministrazione coi fornitori (si pensi al combustibile per il riscaldamento), o di lavoro subordinato allorchè si tratti di assumere un portinaio ecc. (2) Dalla riforma (anch'io la chiamerò così, adeguandomi all'uso comune) l'ambito di queste attività negoziali è stato ulteriormente ampliato: basti ricordare l'apertura del conto corrente (3) di cui egli deve servirsi per le operazioni previste dal novellato art. 1129, settimo comma.

Ma qui interessa di più il profilo interno, ossia il rapporto fra l'amministratore, investito del potere di agire in nome e per conto dei condomini, ed i condomini stessi, nelle cui sfere giuridiche si producono i relativi effetti. In virtù del rinvio contenuto nel già citato art. 1131 detta rappresentanza è operante nei limiti delle attribuzioni stabilite dall'art. 1130 ovvero dei maggiori poteri previsti dal regolamento o dall'assemblea. È facile desumerne che non si tratta di rappresentanza *ex lege*, come pure è stato affermato (4). Mediante il richiamo all'art. 1130, che fornisce, per l'appunto, un elenco delle "attribuzioni" proprie dell'amministratore, si è voluto indicare solo i compiti che maggiormente lo caratterizzano. Ma questa norma, che – si badi – non compare fra quelle che l'art. 1138 qualifica come inderogabili, lascia ampio spazio all'autonomia privata. In virtù di una clausola del regolamento, o perfino di una semplice delibera dell'assemblea, l'amministratore potrà dunque assumere anche altri incarichi, per lo svolgimento dei quali potrà aver bisogno di una corrispondente estensione dei suoi poteri di rappresentanza: esigenza che nell'art. 1130, primo comma, in fine, trova puntuale riscontro.

3. Qual è il negozio di gestione sottostante?

Se, dunque, tale rappresentanza non trova la sua unica fonte nella legge, dato che la sua ampiezza dipende, altresì, dalla volontà dell'interessato (o, meglio, degli interessati) ha senso, ed anzi sembra doveroso chiedersi de esista un negozio di gestione (5) ad essa sottostante, in base al quale l'amministratore sia tenuto a compiere determinate attività che, come già detto, producono i loro effetti direttamente in capo ai rappresentati (6). Non basta: qualora lo si ravvisi, bisogna ancora domandarsi se esso trovi posto in una delle categorie che la tradizione ci ha consegnato, col rispettivo *nomen*, o se debba ripiegarsi, come taluni hanno fatto, sulla figura recente e poco significativa del rapporto di amministrazione. Il Codice non fornisce, in proposito, la benché minima indicazione. Il compito di rispondere a tali interrogativi è toccato perciò interamente alla dottrina ed alla giurisprudenza.

4. Teoria collettivistica e teoria individualistica. Prevalenza della seconda.

Ne sono derivate diverse teorie, di cui riassumo qui soltanto le due principali. Secondo quella comunemente detta "collettivistica" il condominio apparterrebbe, insieme alle associazione ed alle fondazioni non riconosciute del Libro primo, ed alle società di persone del Libro quinto, ad un *tertium genus*, di soggetti dotati di un certo grado di capacità, inferiore, sicuramente, a quello della persona giuridica, ma pur sempre sufficiente a farne un "ente" qualificato, appunto, come "collettivo", distinto da quella fisica, e l'amministratore ne sarebbe un organo; più precisamente, quello esecutivo, che attua le decisioni dell'assemblea, organo deliberante. Ad essa non sono mancati sostenitori anche autorevoli (valga per tutti il nome di Giuseppe Branca (7)) ed è stata riproposta (8) pur dopo gli interventi legislativi del 2012 e del 2014, ma i suoi fautori sono sempre rimasti una minoranza. La maggioranza si è espresso, costantemente, a favore della tesi "individualistica" (9). Essa riprende l'esegesi dell'art. 1131, primo comma, facendone il suo punto di forza (10). La formulazione testuale di questa norma, in cui si parla di rappresentanza "dei partecipanti" (al plurale), anziché del condominio (al singolare) starebbe infatti a dimostrare che quest'ultimo è privo anche di quella capacità embrionale comunque necessaria perché possa ravvisarsi un soggetto di diritto. Soltanto i condomini sarebbero gli interessati, per i quali l'amministratore è tenuto ad agire. La sua opera non potrebbe perciò inquadrarsi nello schema della rappresentanza organica. E allora? Da tempo gli studiosi

hanno chiarito come il potere di agire in nome e per conto d'altri si fondi su di un'autorizzazione conferita dal *dominus*, in mancanza della quale non si ha un rappresentante, bensì un *falsus procurator*, la cui opera può solo sperare in una ratifica *ex post*. Senonchè i tipi negoziali, e, più specificamente, contrattuali, in cui tale autorizzazione può essere contenuta, sono più d'uno, ed alquanto diversi fra loro. Occorre quindi operare una cernita, per stabilire, di volta in volta, a quale di essi le parti, nell'esercizio della propria autonomia, abbiano fatto riferimento. Quello socialmente più importante, oggi, è il contratto di lavoro subordinato. Si pensi agli istitutori, ai procuratori ed ai commessi per l'impresa commerciale, ai fattori di campagna per quella agricola, e, più in generale, ai dirigenti, soprattutto a quelli amministrativi (11). Può venire in considerazione anche il contratto di agenzia, come risulta *per tabulas* dall'art. 1752. Ma la figura classica, sia per la tradizione storica che può vantare, sia per il rilievo che il Codice le attribuisce ancor oggi, è quella del mandato (12). E proprio ad essa la giurisprudenza quasi unanime, seguita dalla maggior parte degli studiosi, ha fatto ricorso, di fronte ai non pochi problemi posti dalla presenza, anche nel condominio, di un amministratore e dalla delimitazione del suo ruolo. In questa figura – secondo la concezione che sto esponendo – sarebbe perciò da ravvisare un mandatario e nei condomini i mandanti. Si ammette, bensì, che questi agiscano spinti da un interesse comune, quello all'accurata manutenzione delle parti dell'edificio di cui sono comproprietari ed al buon funzionamento dei relativi servizi, per trarne la maggiore utilità possibile. Ma non per ciò formerebbero un soggetto unico, più o meno distinto dai suoi componenti. Ciascuno di essi conserverebbe la propria individualità, sicchè nella specie ricorrerebbe quella particolare figura di mandato che il Codice tratteggia all'art. 1726. Ancora, ne deriverebbero due corollari. A) il potere di agire conferito all'amministratore, essendo esercitato nell'interesse altrui, appartiene non alla categoria dei diritti soggettivi, ma a quello delle potestà. B) Nulla vieta che l'amministratore sia scelto fra gli stessi condomini. In tal caso, essendo anch'egli comproprietario delle parti comuni dell'edificio affidati alle sue cure, avremmo un mandato *in rem propriam* (cfr. art. 1723, secondo comma). Fino ad anni recenti ciò è accaduto spesso, soprattutto nei piccoli centri : particolarmente gradito era il pensionato che, per la lunga consuetudine coi vicini di casa, già si era guadagnato la loro fiducia, ed essendo ormai libero da impegni di lavoro, aveva più tempo da dedicare all'ascolto e possibilmente alla soluzione dei loro problemi. Ma è da prevedere che, con l'entrata in vigore della riforma, le cose cambieranno. Essa infatti richiede, per la nomina ad amministratore, una serie di requisiti di cui non tutti sono in possesso: basti pensare al titolo di studio, ed alla dimestichezza con la contabilità che occorre per la tenuta dei vari registri e la compilazione dei bilanci. È questo un tema che richiederebbe ben altri approfondimenti. Qui devo limitarmi ad una breve osservazione: le trasformazioni sociali ed il progresso della tecnica in atto fanno sì che l'amministratore di condominio vada assomigliando sempre più ad un professionista. La stessa riforma lo conferma quando, facendo propria, anche qui, una conclusione cui dottrina e giurisprudenza erano già arrivate, stabilisce (art. 1129, secondo comma) che tale funzione può essere esercitata non solo da una persona fisica, ma anche da una società, che, com'è intuitivo, sarà maggiormente propensa ad avvalersi della collaborazione di più specialisti (ad es., per quanto attiene al campo tributario o a quello della sicurezza).

5. L'apporto della giurisprudenza.

Sarebbe interessante risalire alle origini di questa teoria, per seguirne gli sviluppi nel corso del tempo. Ma la relativa indagine non sarebbe né breve né facile, in quanto bisognerebbe consul-

tare un gran numero di pubblicazioni, specialmente periodici, espressione di interessi locali o di categoria molti dei quali sono ormai dispersi. Limitando la panoramica a quest'ultimo ventennio, una vera pietra miliare può ravvisarsi nella sentenza n. 1286 pronunciata dalla Cassazione il 12 febbraio 1997, anche perché ebbe la ventura di essere commentata da uno dei più profondi conoscitori di questa materia (13). Un ex amministratore agiva per il recupero delle somme da lui anticipate nell'interesse del condominio, durante la sua gestione, non solo nei confronti di quest'ultimo, ma anche dei singoli condomini per le quote rispettivamente a loro carico. Questi ne avevano eccepito la carenza di legittimazione attiva. La Suprema Corte ha respinto l'eccezione, affermando che il rapporto fra l'amministratore ed i "condomini, singolarmente considerati....è assimilabile, pur con tratti distintivi in ordine alle modalità di costituzione ed al contenuto 'sociale' della gestione, al mandato con rappresentanza, con la conseguente applicabilità, nei rapporti tra amministratore ed ognuno dei condomini, dell'art. 1720, primo comma, cod. civ., secondo cui il mandante deve rimborsare al mandatario le anticipazioni fatte nell'esercizio dell'incarico". Da allora, a quanto consti, le voci discordi sono state pochissime (14). Nello stesso periodo iniziava la lunga e travagliata elaborazione di quella che sarebbe divenuta la legge n. 220 del 2012. I primi disegni e proposte in materia vennero infatti presentati durante la tredicesima legislatura, sulla fine degli anni Novanta (15).

6. Riferimenti testuali al contratto di mandato nella legge 11 dicembre 2012 n. 220.

Che i suoi compilatori si siano limitati a recepire le conclusioni cui erano già pervenuti i seguaci della teoria individualistica, conferendole così il crisma di un pubblico riconoscimento, non si può negare. Significativa è, in proposito, l'insistenza con cui richiamano la figura del mandato sulla quale, viceversa, il Codice taceva. Nel nuovo testo dell'art. 1129 essa compare infatti per ben tre volte, rispettivamente al terzo, all'undicesimo ed al quindicesimo comma. Quest'ultimo, dal punto di vista sistematico, è il più importante, perché contiene una vera e propria norma di rinvio, la quale consente di colmare eventuali lacune che si riscontrassero in materia di "nomina, revoca ed obblighi dell'amministratore", attingendo, in via suppletiva, alla Sezione composta dagli artt. 1703-1730, la quale, a sua volta, in tema di mandato, non si limita a regolare questo o quel punto specifico, ma detta le "Disposizioni generali".

7. Imprecisioni formali della medesima legge.

La teoria individualistica rileva anche sotto un altro profilo: solo se considerate nella sua prospettiva, infatti, le imperfezioni di forma cui accennavo all'inizio appaiono come tali. Già nel 2006 un suo valente sostenitore, Massimo Dogliotti, (16) scriveva: "se ... si configura un rapporto di mandato, è evidente che questo, come qualsiasi altro contratto, sorgerà con proposta....accettazione e conoscenza da parte del proponente dell'avvenuta accettazione". È lecito supporre che tale osservazione non sia sfuggita ai compilatori della legge n. 220 del 2012. Prova ne sia che per ben due volte (si veda ancora l'art. 1129, secondo e quattordicesimo comma) essi hanno fatto riferimento all'"accettazione" da parte dell'amministratore (17) richiedendola sia per l'inizio, sia per il rinnovo dell'incarico, mentre il Codice, anche su di essa, taceva, e ciò va a loro merito. Senonchè, una volta iniziata l'opera di revisione linguistica, avrebbero dovuto portarla a compimento, e non l'hanno fatto. Così, nel testo novellato ritroviamo sia la "nomina" sia la "revoca" dell'amministratore da parte dell'assemblea (18). *Hic sunt leones*. Se i riformatori avessero ravvisato nel condominio una

persona giuridica, e nell'amministratore un suo organo – in breve, se avessero accolto la teoria collettivistica – avrebbero potuto usare questi due termini tranquillamente, come avviene, per rimanere nell'ambito del diritto privato, in materia societaria (cfr., ad es., art. 2383). Ma una volta rifiutata questa concezione, per coerenza avrebbero dovuto rifiutare anche la terminologia attraverso cui si esprime, essendo, pure il diritto, come ogni altra scienza, secondo un notissimo insegnamento che risale all'illuminismo, nient'altro che una lingua ben fatta. Non di "nomina" avrebbero dovuto quindi parlare, ma di semplice "proposta" a stipulare il contratto, proprio come già indicato da Dogliotti, e non di "revoca" ma di "recesso" dal relativo rapporto, aggiungendo, se mai, per amor di precisione, che nel nostro caso, essendo tale rapporto soggetto a termine finale (un anno: cfr. art. 1129, decimo comma) si tratta di recesso *ante tempus*, con tutte le conseguenze che possono derivarne, a carico del recedente, se questi non può provare l'esistenza, a suo favore, di una giusta causa, com'è stabilito appunto per il mandato (cfr. artt. 1723, 1725, 1726 ecc.).

8. Considerazioni conclusive.

Delle due critiche, da cui ho preso l'avvio, la prima è dunque pienamente fondata, e la seconda lo è in buona parte. Ma, arrivati a questa conclusione, non resta proprio nulla da aggiungere? A mio avviso, un'osservazione ancora è possibile, ed anzi doverosa. Torniamo, per un momento, al quindicesimo comma dell'art. 1129. Il congegno logico, che ne forma la struttura, è quello comune a tutte le norme di rinvio. Pertanto, sotto questo aspetto, può essere equiparato all'art. 1139, l'unica disposizione di questo tipo presente nella normativa sul condominio prima della riforma. Ma le rispettive funzioni, o forse meglio, gli scopi perseguiti sono diversi. Il secondo getta un ponte fra la disciplina del nostro istituto e quella della comunione "in generale" (artt. 1100-1116), dove prevalgono le disposizioni sull'uso delle cose comuni e sul loro eventuale miglioramento, mentre all'amministratore si accenna appena con rapidi tratti (art. 1106). Il primo, invece, ha, come suo unico obbiettivo, proprio quello di rendere possibile una completa ricostruzione di questa figura, dei rapporti che ad essa fanno capo, e delle sue eventuali responsabilità. Chi ancora volesse esprimersi secondo la tripartizione classica potrebbe quindi osservare che mentre il Codice, occupandosi del condominio, poneva l'accento sulle res (19) la riforma lo pone invece sulle *personae* e quindi, indirettamente, anche sulle *actiones*. Certo, è troppo poco perché si possa parlare di una svolta storica, ma si può qui ravvisare quantomeno un sintomo di insoddisfazione nei confronti della prospettiva tradizionale e il desiderio di un cambiamento.

Note:

(1) Si vedano le valutazioni, sostanzialmente conformi, di Carbone, *Luci ed ombre sulla nuova disciplina del condominio negli edifici*, *Corriere giur.*, 2013, 161; Cavallaro, *Prime considerazioni sulla riforma della disciplina condominiale*, *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, 933; Basile, *Le modifiche al regime condominiale*, *Riv. dir. civ.*, 2013, 617; Di Rosa, *Profilo ricostruttivo della nuova disciplina del condominio negli edifici*, *ibidem*, 2013, 789. Fra le opere di carattere espositivo, destinate prevalentemente ai pratici, basterà ricordare Bordolli e Di Rago, *La nuova disciplina del condominio dopo la legge n. 9/2014*, Maggioli ed., 2014.

(2) Fra i contributi più recenti v. Tagliaferro, *I contratti stipulati dall'amministratore, poteri e limiti*, *Il Civilista*, 2009, 3, 72; un'ampia rassegna, sulla base del diritto vigente, si trova in Terzago, *Il condominio. Trattato teorico-pratico* (cito) dall'ottava ed., a cura di Celeste, Salciarini e Terzago), Milano, 2015, 685; cfr. anche Bosso, *I contratti del condominio come consumatore. Introduzione*

e principi generali

Arch. loc. cond., 2017, 4. Sul duplice aspetto, esterno ed interno, da cui può essere considerato il fenomeno della sostituzione di una persona all'altra, nel compimento di un'attività giuridica, cfr., per tutti, F: Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 267.

(3) Su cui, con riferimento ad una vicenda giudiziaria iniziata già in precedenza, v. Cass. 10 maggio 2012 n. 7168 *Dir&Giust.*, 2012, 445, con nota di Tarantino, *Conto intestato al condominio per la gestione amministrativa? può aprirlo l'amministratore senza autorizzazione dell'assemblea*.

(4) Cfr. Greco, *Della proprietà*, nel *Commentario Utet*, Torino, 1958, sub art. 1131, 215,e, più recentemente, Di Rago, *La nuova assemblea condominiale*, Maggioli ed., 2016, 22; contra, giustamente, Dogliotti, *Comunione e condominio*, nel *Trattato* diretto da Sacco, Torino, 2006, 368.

(5) Sul quale cfr., ancora, F. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 268, ove riferimenti, e, per il mandato, 271.

(6) Si noti che l'art. 1130 esordisce affermando che egli non solo "può", ma "deve" eseguire i propri compiti, alludendo, così, chiaramente, all'adempimento di un'obbligazione, della quale occorre individuare l'origine.

(7) *Comunione. Condominio negli edifici*, nel *Commentario* diretto da Scialoja e dallo stesso Branca, Bologna – Roma, 1982, 358. E già nelle edizioni precedenti.

(8) Da Scarpa, *Il condominio e i condomini come parti del processo*, *Arch.loc.cond.*, 2017, 411.

(9) Così Dogliotti, *op. cit.*, 158 e ss.; per la dottrina meno recente v. Salis, *Il condominio negli edifici*, nel *Trattato* diretto dal Vassalli, Torino, 1956, 251.

(10) Oltre a Dogliotti, *op. cit.*, 368 v. già Triola, *Il condominio*, nel *Trattato* diretto da Bessone, Torino, 2002, 393, il quale argomenta altresì dall'art. 65 disp.att., che dell'art. 1131 costituisce un'integrazione sul piano processuale.

(11) Il testo originario dell'art. 2095 era esplicito nel distinguere i dirigenti in amministrativi e tecnici. Quello modificato dall'art. 1 della legge 13 maggio 1985 n. 190 parla di "dirigenti" *tout court*, ma non v'è dubbio che la distinzione abbia conservato tutto il suo valore.

(12) Sotto questo profilo sarebbe quindi possibile un accostamento della nostra figura a quella dell'amministratore di una fondazione, per il quale al mandato fa espresso richiamo l'art. 18 cod.civ.

(13) In *Vita not.*, 1997, 190, con nota di Triola, *Osservazioni in tema di rimborso di somme anticipate da parte dell'amministratore del condominio*. Fra le decisioni più recenti si può ricordare Cass. 29 dicembre 2016 n. 27352, *Arch.loc.cond.* 2017, 339 : "La notifica al condominio di edifici, in quanto semplice 'ente di gestione' privo di soggettività giuridica, va effettuata, secondo le regole stabilite per le persone fisiche, all'amministratore, quale elemento che unifica, all'esterno, la compagnie dei proprietari delle singole porzioni immobiliari".

(14) Si potrebbe ricordare Cass. 29 marzo 2017 n. 8150, non pubblicata per esteso, sulla quale riferisce Scarpa, *Il condominio e i condomini come parti del processo*, cit., 411, nt. 6, in cui è detto: "Il condominio è soggetto distinto da ognuno dei singoli condomini, ancorché si tratti di soggetto non dotato di autonomia patrimoniale perfetta" (nella specie si discuteva della regolarità della notifica di un decreto ingiuntivo). Per una concezione "mista" si è espresso Girino, *Il condominio negli edifici*, nel *Trattato* diretto da Rescigno, VIII, Torino, 1982, 340.

(15) Per una sintesi storica sull'andamento dei lavori si veda Camera it.- Documenti- temi dell'attività parlamentare, in *leg.16.camera.it / 561 ? ap-pro=503*.

(16) *Comunione e condominio*, cit., 374

(17) Ma ben s'intende che tale accettazione potrebbe provenire anche dall'assemblea dei condomini, qualora fosse l'aspirante amministratore a prendere l'iniziativa della proposta. La giurisprudenza ammette che l'accettazione possa essere anche tacita: v. Cass. 4 febbraio 2016 n. 2242, www.altalex.com, con nota di Pirrello, *Condominio: veste di amministratore si può assumere per facta concludentia*, Per amore di completezza si potrebbe ancora aggiungere che non è richiesta la conoscenza effettiva, dovendo ritenersi operante, anche qui, la presunzione di cui all'art. 1335.

(18) Per la nomina v. artt. 1129, commi secondo, terzo, undicesimo, dodicesimo n. 1 e quattordicesimo; 1130, primo comma, n. 7; 1130 bis, primo comma; 1136, quarto comma; per la revoca artt. 1129 commi decimo, undicesimo, dodicesimo n. 1 e tredicesimo; 1130, primo comma, n. 7; 1131, quarto comma e 1136, pure quarto comma.

(19) Una sicura conferma se ne ha, del resto, dalla sua collocazione nel terzo Libro, anziché nel quarto o nel quinto.

*Il legato in sostituzione di legittima
tra presupposti processuali
e condizioni dell'azione.
Spunti per una
lettura de «Il giorno del giudizio»
di Salvatore Satta.*

Marco Tiby

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Il giorno del giudizio (Salvatore Satta).* – 2. *Il caso oggetto di giudizio (il legatario in sostituzione di legittima può rinunciare al legato dopo aver esercitato l'azione di riduzione?).* – 3. *La preparazione del giudizio (la rinuncia al legato sostitutivo di beni immobili va fatta per iscritto?).* – 4. *Presupposti e condizioni... del giudizio (categorie superate in cerca di unificazione?).* – 5. *L'errore nel giudizio (la forza lavorativa dell'affittuario può riemergere in corso di causa consentendogli di beneficiare della proroga legale del contratto?).* – 6. *Il giudizio più bello (il Maestro nel ricordo dei suoi allievi).*

1. Il giorno del giudizio (Salvatore Satta).

Una recente pronuncia della Corte di cassazione in materia successoria, la n. 19646 del 4 agosto 2017, ha riportato alla ribalta una questione processuale che nei primi anni sessanta aveva suscitato un interessante dibattito; più che di un dibattito vero e proprio, per la verità, si trattò di una piccata replica di un Professore universitario ad un Consigliere di cassazione che aveva criticato una decisione della Corte in tema di contratti agrari (1).

Ci occuperemo dell'argomento alla fine di questo articolo, non senza aver dapprima ricordato che con la sua morte, avvenuta il 19 aprile del 1975, quello studioso del processo civile avrebbe dato vita, del tutto inconsapevolmente, ad uno dei più importanti casi letterari del Novecento.

Salvatore Satta, nato a Nuoro il 9 agosto del 1902, ha vissuto e insegnato alla Facoltà di Giurisprudenza di Genova, assumendo una prima volta l'incarico nell'anno accademico 1938-1939. Tornò nella nostra città nel 1946 per fermarsi quasi dodici anni (2). Nella sua sterminata opera giuridica spiccano il *Commentario al codice di procedura civile*, pubblicato tra il 1959 e il 1971 e il manuale *Diritto processuale civile* (3). Nella prefazione alla prima edizione di quest'ultimo, scritta a Genova nel gennaio di settant'anni fa, Satta si sofferma sul periodo storico della redazione del manuale (1946 e 1947) definendolo “*uno dei più dolorosi (...) della nostra vita nazionale, conseguente alla guerra devastatrice ed alla sconfitta*”. Questa tragicità degli eventi, prosegue la prefazione, fa sì che ognuno si debba sentire più che mai interrogato “*sulla terribile responsabilità della propria esistenza*”. Confessa quindi di aver scritto il manuale nel timore del giudizio divino, richiamando la parabola dei talenti, e così conclude: “*Ma la procedura civile era il talento affidatomi, e io credo che l'aver messo a frutto -così come potevo- questo talento, resistendo ad ogni lusinga di evasione, varrà a farmi molto perdonare nel giorno di quel giudizio.*”

Dopo “quel giudizio”, cioè dopo la sua morte, si dovette invece riconoscere che a lui erano stati affidati non uno, ma due talenti: il secondo talento, forse proprio la lusinga alla quale dichiarava di aver resistito, era quello della scrittura. A motivo di ciò, nel 1989, con un titolo che fonde in un *unicum* i

due talenti per farne una sola e più preziosa moneta rivelando in modo completo la personalità dell'autore, la città di Nuoro gli dedica il convegno *Salvatore Satta giurista scrittore* onde significare che la sua personalità, per essere compresa a fondo, necessita di essere conosciuta sotto il duplice aspetto che però forma un tutt'uno (4).

A fondere il giurista nello scrittore contribuì il caso letterario originato dalla pubblicazione postuma del romanzo *Il giorno del giudizio*, nel 1979, e ciò grazie all'interessamento di Francesco Mercadante, Professore di Filosofia del diritto che consegnò una copia del testo, pubblicato due anni prima dalla Cedam, ma passato inosservato, all'attuale direttore della casa editoriale Adelphi, Roberto Calasso, il cui padre Francesco era collega di Satta all'Università di Roma (5). Tradotto in diciannove lingue, *Il giorno del giudizio* “È un racconto di memorie e insieme romanzo corale, che si muove tra immaginazione visionaria e dati reali [...]. Protagonista è la Nuoro nei primi anni del Novecento, disegnata nei suoi quartieri, distinti e incomunicanti, e nella sua quotidianità ripetitiva e inconsistente: l'ultimo e il più irrilevante dei luoghi, questo mondo si presta a rappresentare quella che è, nella visione di Satta, l'essenza della realtà” (6). La capacità di rivelare la psicologia dei personaggi attraverso la meticolosa e a volte ironica descrizione delle loro azioni quotidiane (7), delle loro occupazioni, del loro ruolo nella società, compreso anche quello di donna Vincenza (“stare al mondo perché c'è posto”), è certamente una delle doti più grandi di Satta, ma quello che rende particolare il romanzo, scritto negli ultimi anni di vita, è l'inesorabile procedere verso la morte quasi che questa sia l'unica forma di redenzione di un mondo privo di trascendenza e, quindi, di umanità. Come in un film in bianco e nero, i personaggi, compresi i suoi familiari, sfilano in un susseguirsi di inquadrature orizzontali (8) e, più o meno lentamente, ma tutti inconsapevolmente, come in una solenne processione, camminano verso l'abisso del nulla senza percepire, o perché troppo laboriosi o perché oziosamente quiescenti nell'ignoranza, che quel giorno non è un giorno come tanti altri, ma è il giorno della resa dei conti, il giorno in cui il finito può entrare nell'infinito, il giorno dove ognuno può essere per sempre oppure scomparire per l'eternità. Il giorno del giudizio, appunto, dal quale sono esentati solo gli animali, eterni perché senza speranza, e la natura nel suo complesso (9).

In questa rievocazione del passato necessaria per dare senso al (e fermare il) presente (10), il diritto, con il quale Satta era entrato in contatto fin da bambino essendo figlio di notaio (11), rivela e sancisce la drammaticità della esistenza: “*Egli [Don Sebastiano] aveva fatto il suo dovere, come sempre lo faceva, come quella volta che gli era morto un disgraziato del quale aveva raccolto l'ultima volontà in favore di una povera donna che aveva tutta la vita convissuto con lui; gli era morto prima che finisse di leggere l'atto, ed egli non se l'era sentita di dichiarare un piccolo falso, che pure avrebbe salvato dalla miseria quella povera donna. Non era un uomo crudele, è la vita che è crudele, e il diritto esprime tutta la crudeltà della vita.*” (12)

2. Il caso oggetto di giudizio (il legatario in sostituzione di legittima può rinunciare al legato dopo aver esercitato l'azione di riduzione?).

Il protagonista del nostro caso, invece, riesce a manifestare le sue ultime volontà, ma scontenta la moglie: lascia tutti i suoi beni, mobili e immobili, ai figli di suo fratello mentre alla consorte, oltre al denaro ovunque depositato, l'usufrutto su di essi. Quest'ultima ritiene che le disposizioni testamentarie in favore degli eredi siano illegittime in quanto eccedenti

la quota disponibile e, pertanto, previa riduzione delle disposizioni lesive, agisce in giudizio chiedendo di essere reintegrata nella sua quota mediante l'assegnazione dei beni restituiti, in proporzione della stessa. I nipoti resistono facendo presente al giudice, tra le altre, che l'attrice, per promuovere il giudizio, avrebbe dovuto rinunciare (prima, o contestualmente alla proposizione della domanda) al legato. L'attrice, da parte sua, cerca di convincere il giudice che la rinuncia al legato può desumersi dal suo rifiuto delle disposizioni testamentarie, rifiuto implicitamente contenuto nell'esercizio dell'azione di riduzione e che, comunque, la rinuncia successivamente fatta in corso di causa deve considerarsi tempestiva ed efficace avendo come limite ultimo quello della decisione.

Emerge, da quanto sopra, quello che per Satta è il carattere drammatico del processo: attore contro convenuto (la moglie del *de cuius* contro i nipoti), convenuto contro attore (i nipoti contro la zia) e tutti contro il giudice, per tentare di piegarlo alle loro rispettive ragioni... (13).

3. La preparazione del giudizio (la rinuncia al legato sostitutivo di beni immobili va fatta per iscritto?).

E il giudice cosa fa? Intanto ha poco tempo per approfondire la questione, visto che la sua scrivania e il suo armadio sono pieni di fascicoli, in attesa che qualcuno li apra e li mandi avanti. Tra l'altro, dopo dieci anni di penale è stato appena trasferito al civile e, per giunta, nella sezione che si occupa delle successioni, una materia sempre mal digerita, fin dagli studi universitari... un rompicaco incredibile... Ma vediamo come cerca di districarsi tra moglie e nipoti...

“Proprio una bella grana... e poi cosa vuole la moglie, la quota di riserva e il legato insieme? Non poteva starsene dell'usufrutto e del denaro? E ovvio che se intende ottenere la legittima, deve rinunciare al legato... il primo comma dell'art. 551 c.c. mi sembra parli chiaro: “*Se a un legittimario è lasciato un legato in sostituzione della legittima, egli può rinunciare al legato e chiedere la legittima*”. Può rinunziarvi... Ovviamente non si dice come e, soprattutto, quando: prima di agire in giudizio, contestualmente alla proposizione dell'azione di riduzione o anche dopo, in corso di causa... e poi ci sono di mezzo beni immobili... la faccenda si complica, come al solito...

Va bè, calmiamoci e riflettiamo, partendo dalle nozioni elementari; forse, per risolvere le questioni, anche quelle più intricate, può servire cominciare proprio da qui... da questo aforisma latino che scorre sul monitor del pc: *Semplicitas omnia facilia reddit.*

Allora... il legato, beh, in generale, è una disposizione a titolo particolare che non comprende tutti i beni del testatore e neppure una quota di essi. Deriva appunto dal latino *ligare*, disporre, imporre, vincolare, come del resto la parola legge... rispetto al vincolo ob-ligatorio manca appunto la causa (*ob*) essendo un atto a titolo gratuito... il destinatario non deve nulla in cambio e riceve soltanto. Ecco perché il legatario si dice anche onorato... non è erede e, quindi, non risponde dei debiti ereditari. Insomma ha solo da guadagnarci... anche se dovessero mettergli sulla groppa il pagamento di qualche debito. Mi ricordo anche di un tipo particolare di legato, come si chiamava, ecco, sì, il prelegato. Ma cos'era più... *prae* sta per avanti, per prima, ma prima di cosa? Ah già, per farcelo entrare in testa avevo pensato ad una specie di... filastrocca o forse, più semplicemente, ad una sequenza di parole facili da memorizzare: *prelegato/prelevato/per l'intero/graverà*, sì perché quando il testatore lascia ad uno fra più eredi un bene in aggiunta alla porzione, il corrispondente valore di esso

deve essere *prelevato*, cioè levato dall'eredità prima della divisione e ciò per il suo *intero* valore. In questo senso grava (*graverà*) unicamente sull'eredità. Quindi se due sono gli eredi e 10 è il patrimonio ereditario, e al primo vengono legati beni per valore pari a 2, le quote spettanti a ciascuno sono pari a 4 (10 meno 2 fa 8, 8 diviso 2, 4). Il legatario avrà 6 mentre l'altro 4. Ma il primo risponderà dei debiti sempre nei limiti della quota...

Forse sto andando fuori strada... Devo tornare velocemente al caso della moglie insoddisfatta, o meglio, non appagata dalle disposizioni del marito. Il distinguo è un altro, è quello tra *legato in conto* e *in sostituzione di legittima*... il manuale ne parlava nel capitolo dedicato alla successione necessaria, quella che *ci deve essere comunque* a favore di determinati soggetti, i più stretti congiunti del *de cuius* e tra questi, appunto, la moglie, insomma un limite al potere di disporre dei propri beni giustificato da ragioni di carattere morale, di rispetto per i più stretti legami familiari (i figli, ad esempio, sono degli altri riservatari, o legittimari e così anche gli ascendenti, ma solo in assenza dei primi). In particolare, il legato in sostituzione di legittima veniva inteso come una sorta di temperamento al principio della intangibilità della legittima. Ed infatti, il *de cuius*, da un lato, potrebbe attribuirmi in legato un bene di maggior valore della quota a me riservata, purché io rinunci a far valere ogni pretesa sull'eredità, oppure legarmi un bene di valore inferiore con la dichiarazione che esso è fatto in sostituzione della legittima. Mi troverei di fronte ad un bivio: accontentarmi del legato prendendo di meno, ma accaparrandomi un bene che per le mie capacità, doti, inclinazioni o interessi potrei mettere a reddito e sviluppare (es. un'azienda (14)) oppure rinunciare ad esso e chiedere la legittima, che vale di più (anche se, in tal caso, potrei essere chiamato a rispondere dei debiti ereditari).

Un bel dilemma... che non si pone nel *legato in conto di legittima* il quale lascia intatto il diritto alla legittima e cioè il diritto a chiedere il supplemento (la differenza) nel caso in cui il valore dei beni legati non raggiunga il valore della quota. E mi sembra di ricordare che quando la volontà del testatore non è chiara il legato si presume in conto e non in sostituzione... Adesso ho un quadro più completo... ah, dimenticavo: tutti i legati si acquistano di diritto, senza bisogno di accettazione salva, ovviamente, la facoltà di rinunziarvi, come dice esplicitamente l'art. 649 c.c. il quale, al comma seguente, precisa come la proprietà del bene o il diritto sulla cosa determinata passi al legatario al momento della morte del testatore.

L'acquisto è dunque automatico e tale automatismo si spiega col fatto che divenire legatari non comporta alcuna responsabilità per i debiti ereditari, se non nei limiti del valore del bene. Di qui si comprende il motivo per il quale occorre che l'eredità, invece, venga accettata (art. 459 c.c.).

All'università spesso venivamo invitati a chiederci il perché di talune differenze di disciplina, non tanto per ricordare le regole, ma per comprenderne lo spirito e scovarne la ragione in rapporto ai vari istituti (una per tutti, ad esempio, la diversa e più attenuata responsabilità del donante, rispetto al venditore, per vizi della cosa di cui all'art. 798 c.c.).

Questo dell'automatismo dell'acquisto sarà certamente un punto fermo per tutti i tipi di legati. Ho però qualche dubbio e non vorrei che per il legato in sostituzione di legittima (detto anche tacitativo), viga un diverso regime, un po' come avviene per l'eredità. In effetti, l'art. 551 c.c. dice al primo comma che il legittimario può rinunciare al legato e chiedere la legittima, mentre al secondo stabilisce: “*Se preferisce di conseguire il legato, perde il diritto di chiedere un supplemento*”.

Sembra quasi che con la morte del testatore il legittimario non acquisti nulla, o perlomeno che, per ratificare l'acquisto, occorra una manifestazione di volontà ulteriore. Una situazione paragonabile a quella in cui viene a trovarsi il chiamato all'eredità. Finché questi non accetta (oppure non manifesta la sua preferenza), i beni rimangono relegati in una sorta di limbo (15).

La rinuncia al legato, poiché non comporterebbe la perdita di alcun diritto mai acquisito, potrebbe essere fatta in qualsiasi modo o anche essere tacitamente presupposta e ciò persino qualora abbia ad oggetto beni immobili o diritti reali. E la moglie, potenzialmente usufruitoria dei beni immobili che ha agito in riduzione, non avrebbe avuto alcun obbligo di forma nell'esprimere la.

A questo punto le mie nozioni e il mio ragionare... mah.. c'è ancora una cosa che forse merita di essere presa in considerazione. Infatti, come chiunque vi abbia interesse può costringere il chiamato all'eredità a dire cosa vuol fare, imponendogli un termine per l'accettazione spirato il quale questi non può più accettare (art. 681 c.c.), anche il legittimario indeciso può essere compulsato in modo tale che, trascorso il termine del c.d. *actio interrogatoria*, perde il diritto di rinunciare (art. 650 c.c.). L'erede perde il diritto di accettare (e qui è certo che i beni stavano nel limbo e non erano di nessuno), mentre il legittimario perde il diritto di rinunciare... mah! Devo fare una ricerca di giurisprudenza altrimenti non ne esco più! Basterà digitare poche parole quali: legato, legittimario, rinuncia, immobili ed ecco qui una sentenza del 2011, addirittura delle sezioni unite: *"In tema di legato in sostituzione di legittima, il legittimario in favore del quale il testatore abbia disposto ai sensi dell'art. 551 cod. civ. un legato avente ad oggetto un bene immobile, qualora intenda conseguire la legittima, deve rinunciare al legato stesso in forma scritta ex art. 1350, primo comma, n. 5 cod. civ., risolvendosi la rinuncia in un atto dismissivo della proprietà di beni già acquisiti al suo patrimonio; infatti, l'automaticità dell'acquisto non è esclusa dalla facoltà alternativa attribuita al legittimario di rinunciare al legato e chiedere la quota di legittima, tale possibilità dimostrando soltanto che l'acquisto del legato a tacitazione della legittima è sottoposto alla condizione risolutiva costituita dalla rinuncia del beneficiario, che, qualora riguardi immobili, è soggetta alla forma scritta, richiesta dalla esigenza fondamentale della certezza dei trasferimenti immobiliari."*

Potevo pensarci prima! Quindi: se il legato ha per oggetto diritti reali su beni immobili (come, nel caso di specie, l'usufrutto) la rinuncia, per avere effetti, deve essere fatta per iscritto. Certo il problema si poneva perché il codice, da un lato, non prevede, come invece per l'eredità (art. 519 c.c.), che anche la rinuncia al legato sia espressa (art. 649 c.c.) mentre dall'altro, l'art. 1350 n. 5 c.c., stabilisce che la rinuncia ai diritti sui beni immobili sia fatta per iscritto. Ma tutto ruotava attorno alla questione se il bene legato fosse già entrato nel patrimonio del legittimario prima della possibile rinuncia... e la mancanza di tale rinuncia è *rilevabile d'ufficio senza necessità di eccezione di controparte*. (16)

Questione risolta e superata e sulla quale, dal 2011 nessuno osa più discutere. Ma ora non perdo altro tempo e passo al secondo interrogativo: l'attrice, infatti, ha rinunciato solo all'ultimo, e cioè poco prima che la causa sia stata trattenuta in decisione. Poteva farlo?

Questa volta vado subito su *Italgiureweb...* basterà cliccare: *legittimario, legato, rinuncia, decisione*. Ecco fatto, Cassazione n. 19646 dell'agosto 2017, con importanti precedenti: *"Il potere attribuito al legittimario, che sia destinatario di un legato in sostituzione di legittima, di conseguire la parte dei beni ereditari*

spettantegli "ex lege" anziché conservare il legato, postula l'assolvimento di un onere, consistente nella rinuncia al legato medesimo, che, integrando gli estremi di una condizione dell'azione, può essere assolto fino al momento della decisione."

La moglie ha rinunciato per iscritto, quindi va bene, anche se lo ha fatto nel corso del giudizio a mezzo del proprio difensore" (17).

Il nostro giudice è ormai in grado di decidere il caso: dopo aver ripercorso la vicenda della moglie e dei nipoti e individuato le ragioni della decisione, chiuderà il processo formulando il suo giudizio (18). Lasciamolo al suo delicato compito per osservare come, sulla tematica indicata nel titolo del presente articolo, che costituisce il profilo più strettamente processuale dell'argomento, sia la teoria che l'identificazione, in concreto, dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione non sia mai stata (e forse non lo è ancora adesso) del tutto chiara.

4. I presupposti e le condizioni... del giudizio (categorie superate in cerca di unificazione?).

Leggendo la motivazione della sentenza 19646/17 si apprende che la Corte d'Appello di Catanzaro, confermando il tribunale della medesima città, aveva qualificato la formale rinuncia al legato in sostituzione di legittima come un "presupposto dell'azione" (cioè un requisito che deve sussistere prima della domanda o contestualmente ad essa), ritenendo dunque tardiva la rinuncia fatta dal difensore all'udienza di discussione. È probabile che i giudici di merito si siano rifatti alla massima di Cass. 13785/04 ove si dice che il legittimario, per conseguire la legittima, *"deve, previamente o quanto meno contestualmente alla domanda di riduzione, dismettere il legato"* non condividendo quell'altro e più risalente indirizzo fatto proprio da Cass. 459/1990 ove invece si affermava che *"l'assolvimento dell'onere della rinuncia al legato, costituente condizione dell'azione di riduzione (e non presupposto processuale) deve essere accertato con riguardo al momento della decisione e non a quello della proposizione della domanda"*.

La sentenza del 2017 cerca di spiegare che i due precedenti non sono in contraddizione tra loro perché, andando a leggere la motivazione di quella del 2004 si trova scritto, ad un certo punto, che *"l'esercizio della scelta imposto dall'art. 551 c.c. e la tempestiva opzione per la successione legittima si pongono come condizioni per l'esperimento dell'azione di reclamo della legittima"* (19) e che, quanto indicato in massima, sia solo un passaggio incidentale privo di rilievo, inidoneo quindi a precludere che la rinuncia al legato possa essere fatta anche successivamente all'esercizio dell'azione.

Ammesso che la contraddizione sia solo apparente (ma sufficiente, come visto, a creare danni), la sentenza afferma comunque: *"Non è revocabile in dubbio che nel caso di specie si sia al cospetto di una condizione dell'azione e non di un presupposto processuale, nella quale ultima categoria vanno, invece, inquadrati l'interesse ad agire e la legitimatio ad causam"* definendo la condizione dell'azione come quell' *"evento – fattuale o giuridico – che, quand'anche insussistente al momento della proposizione della domanda, consente al giudice di esaminare il merito della controversia se, al tempo della decisione, risulta essersi verificato"*.

Sembra quindi di capire che l'interesse, e anche la legittimazione ad agire, siano da considerarsi dei presupposti processuali (essendo questa la categoria che viene dopo e, quindi, "l'ultima" considerata) e non delle condizioni dell'azione, mentre è vero e risaputo il contrario (20).

Trattasi, evidentemente, di un semplice errore di formulazione della frase visto che la sentenza citata tra parentesi nel te-

sto della motivazione è quella di Cass. 2435/85 ove si dice a chiare lettere che “*La legitimatio ad causam o legittimazione ad agire, la quale costituisce una condizione dell’azione, va intesa come il diritto potestativo di ottenere, non già una sentenza favorevole, bensì una decisione di merito e si risolve, di conseguenza, nella titolarità del potere di promuovere un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, ossia in un presupposto per ottenere dal giudice la trattazione del merito della causa.*”

In definitiva, afferma la sentenza in commento “*la condizione dell’azione – quale deve ritenersi la rinuncia al legato in sostituzione di legittima – può intervenire, in quanto requisito di fondatezza della domanda, fino al momento della decisione*” (21).

Nel motivo di ricorso, il difensore della moglie (che ha stimolato le ricerche e le riflessioni del nostro giudice...), denunciando il vizio di legge (l’aver considerato tardiva la rinuncia al legato perché operata nel corso del processo e, in particolare, all’udienza collegiale), ha utilizzato un’espressione di formazione dottrinale con la quale oggi si tende, stante il superamento del concetto di rapporto giuridico processuale, a raggruppare i presupposti processuali e le condizioni dell’azione in un’unica categoria, quella delle “*condizioni di decidibilità della causa nel merito*”. Esse andrebbero valutate al momento della sentenza, a meno che la legge non disponga diversamente (es. art. 5 c.p.c.). (22)

La Corte, come visto, pur accogliendo il motivo, ha preferito tuttavia mantenersi ferma sulla tradizionale distinzione tra presupposti processuali e condizioni dell’azione ritenendo che la rinuncia al legato (necessaria per promuovere l’azione di riduzione) vada incasellata nelle seconde e non nei primi (come invece avevano fatto Tribunale e Corte d’Appello) (23).

Preso atto che la nuova categoria di origine dottrinale non riesce ancora a penetrare nel lessico della giurisprudenza di legittimità, ancorché abbia il merito di semplificare alquanto la problematica (24), possiamo tornare al punto di partenza, al batti e ribatti tra il Consigliere Barba e il Prof. Satta. Quest’ultimo, contrario alla contrapposizione tra presupposti processuali e condizioni dell’azione, derivante da una concezione astratta dell’azione da lui non condivisa (25), l’ha mantenuta nel suo manuale ammonendo, peraltro, che da essa non si sarebbero dovute trarre le “*conseguenze pericolosissime come quella, generalmente ammessa, che le condizioni dell’azione debbono sussistere al momento della sentenza. Questo è un palese errore, perché l’azione sorge da un fatto che ha prodotto determinati effetti giuridici, e se questi effetti si sono prodotti, come appunto si postula, è al momento della proposizione dell’azione che bisogna guardare, non a quello della sentenza*” (26).

5. L’errore di giudizio (la forza lavorativa dell’affittuario può riemergere in corso di causa consentendogli di beneficiare della proroga legale del contratto?).

Come accennato in apertura, Satta, riferendosi alla sentenza della corte d’appello di Bologna, parlò di “clamoroso errore”, poi emendato dalla Cassazione. Gli Autori, redigendo le note ad essa, dipingono due deliziosi quadretti, tra loro completamente diversi. Il Consigliere, ricostruendo la tematica dell’azione e delle sue condizioni, menziona i più noti e importanti cultori del processo, giovani e meno giovani, ad esclusione proprio di Satta (che negli anni sessanta era già un’*auctoritas*), il tutto con ricchi rimandi alla giurisprudenza, domandandosi più volte quale fosse “la dottrina più autorevole” (forse proprio quella di Satta...) alla quale la Cassazione aveva allineato la sua decisione (27) e concludendo con un appello al giudice perché non si faccia imbrigliare dalle teorie, ma decida secondo il proprio convincimento tenendo conto della finalità e dello spirito

delle norme. Il secondo, forse un po’ risentito di essere stato trascurato, scrive un testo di getto, dal titolo velatamente ironico, intitolato *Nuovi orizzonti in tema di condizioni dell’azione*, come se fosse un articolo di giornale, senza citare nessun precedente e ove il nome del padre fondatore della teoria dell’azione (Chiovenda) compare in una battuta finale, per evidenziare le possibili storture cui la stessa può condurre in mano ai pratici (28). L’unica cosa che i due scritti hanno in comune è l’*incipit*, costituito dalla descrizione del caso oggetto della controversia il quale viene inteso come “*piuttosto semplice*” dal primo e come “*uno dei più semplici*” dal secondo. Così semplice che ha dato seguito ad una bella *bagarre*...

Vediamolo: il proprietario di un fondo, sull’assunto che l’affittuario non garantisce più la forza lavorativa (pari ad un terzo di quella necessaria per la normale conduzione del fondo), lo cita in giudizio per far dichiarare cessato il regime di proroga legale previsto dall’art. 1 della Legge 25 giugno 1949, n. 353. Ottiene ragione dalla sezione specializzata del Tribunale di Piacenza, ma la Corte d’Appello di Bologna, poiché nelle more del giudizio l’affittuario aveva recuperato la forza lavorativa, riforma la sentenza di primo grado, così motivando: “*...al fine dell’accoglimento della domanda nel merito (a differenza di ciò che avviene per i presupposti processuali, competenza, ecc.), ciò che vale è la situazione esistente al momento della pronuncia definitiva del giudice e non quella anteriore.*”

La Corte d’Appello non parla di condizioni dell’azione, ma la Cassazione lo deduce dal passo appena citato e, pur dividendo il principio “*secondo il quale basta di solito che esse sussistano al momento della sentenza*” rimprovera la corte del merito di averne fatto applicazione in una sentenza di rigetto della domanda travisando così il concetto stesso di condizioni dell’azione che, secondo “*la dottrina più autorevole (...) sono soltanto quelle che consentono al giudice di emettere un provvedimento favorevole all’attore*”. Diversamente, si finirebbe per consentire all’obbligato (o per legge o per contratto) di sottrarsi a qualsiasi inadempimento violando il principio generale in tema di risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive, applicabile per analogia alla fatispecie, e previsto dall’art. 1453 c.c. terzo comma (29).

Nella replica a Barba, Satta riprende il suo concetto di azione come postulazione del giudizio evidenziando come “*tutte queste distinzioni di condizioni e di presupposti, almeno nelle formule in cui si sono cristallizzati, vengono a manifestare la loro inutilità e anzi il loro equivoco*” e sottolineando come, avendo il proprietario promosso una “*azione costitutiva*” e non “*di condanna*” (per mantenere fede alla categorie tradizionali) bene aveva fatto la Cassazione a “*verificare ed eliminare il disordine*” (creato dalla insufficienza lavorativa) restituendo il fondo al proprietario. Negli anni successivi, in sede di legittimità, venne affrontato il caso inverso ove cioè l’insufficienza lavorativa si era verificata nel corso del processo, dando luogo alla decaduta dalla proroga legale. Venne così stabilito che essa “*opera sia nell’ipotesi che tale situazione si sia già verificata al momento della proposizione della domanda diretta a sentir dichiarare decaduto l’affittuario dal diritto alla proroga legale, sia in quella che si sia verificata nel corso del giudizio, fino al momento della relativa pronuncia, poiché detta causa di decaduta della proroga legale attiene alle condizioni dell’azione le quali, a differenza dei presupposti processuali, è sufficiente che sussistano al momento della decisione*” (30)

Ma qui, appunto, la situazione è capovolta rispetto al caso in cui la forza lavorativa, anziché scemare, riemerge in corso di causa. E il principio affermato risulta ancora una volta corretto (31).

6. Il giudizio più bello (il Maestro nel ricordo dei suoi allievi).

Legato e legittima, condizioni dell'azione e presupposti processuali, ci hanno fin qui accompagnato alla scoperta non solo di norme, di scelte interpretative e di regole di giudizio, ma anche di chi ad esse ha dedicato la propria vita, morendo come giurista e risorgendo come scrittore.

Anche a lui tocca in sorte, come a tutti i protagonisti del suo romanzo, di rivivere nel ricordo appassionato di altri, ad esempio nel caso dei suoi allievi. Un ricordo teso non tanto a celebrare il giurista, lo scrittore, e neppure il *giurista scrittore* ma il loro Maestro che, al pari di ogni uomo, nell'adempimento del proprio dovere, fedele alla propria vocazione -qualunque essa sia- rivela, nell'essere se stesso, un insopprimibile desiderio d'infinito.

Tra le varie tracce, due mi hanno particolarmente colpito. Mi limito a ritrascriverle, senza alcun commento, per consegnarle, nella loro purezza, al giudizio del Lettore.

"Le lezioni di Salvatore Satta non avevano nulla a che vedere con le solite lezioni universitarie. Erano frequentate da pochi, perché anche allora, mi riferisco agli anni 1955-1956, come ancor oggi del resto, dopo l'entusiasmo dei primi giorni, gli studenti in grado di seguirle si riducevano ad una ventina o poco più. Nell'aula "Poggi" dell'Università di Genova, all'epoca scarsamente illuminata, l'atmosfera era molto raccolta. Salvatore Satta passeggiava davanti alla cattedra, parlando lentamente, quasi a se stesso. Sembrava ripetere, per Sua memoria, cose ormai risapute. Poi, come fosse a disagio, si fermava, si appoggiava alla cattedra, la testa abbassata, talvolta tra le mani, rimanendo per qualche tempo in silenzio. Ad un tratto alzava il viso, riprendeva a passeggiare e comunicava illuminazioni improvvise, intuizioni profonde, idee assolutamente nuove: perfino temi, così apparentemente astrusi, come l'intervento o il litisconsorzio necessario nelle fasi di gravame, per fare qualche esempio, risultavano trasfigurati, suscitando, in noi studenti, entusiasmo e partecipazione. Si aveva, come dire, il sentore, o, meglio, la precisa consapevolezza, di essere stati coinvolti in qualcosa d'importante, di creativo, di essere riusciti a comprendere ciò che non si trovava in nessun'altra parte e tanto meno nei libri. Anche l'atmosfera degli esami era silenziosa, direi grave, ma per altre ragioni. Severo con gli altri come per se stesso, Salvatore Satta, almeno allora, segnava sempre sul libretto il voto meritato, qualunque esso fosse, e spesso si trattava di un dodici o di un quattordici, anche se la ragione della differenza, che pur doveva esserci tra l'uno e l'altro, rimaneva imperscrutabile." (32)

"Procedura sono norme, commi, sistemi, forme, termini, atti, impugnazioni... ma io l'ho conosciuta innanzitutto come passione intellettuale di due uomini, diversissimi per temperamento e personalità ma di altissimo valore entrambi, Satta ed Andrioli; tanto composto, riservato, introverso l'uno, la voce educata, il sorriso fine, il tratto garbato, spesso proclive pur in occasioni di vita sociale ad isolarsi in lunghi silenzi meditativi, tanto vibrante, schernevole, irruento nella cordialità e nella polemica l'altro (...). Di essi ricordo sì lezioni e scritti, ma più ancora mi son fitti in mente episodi, scorci, immagini della loro vita ancor più intensi ed educativi dei loro atti propriamente dottrinali e professorali; conferma questa evidente di una antica proposizione, che un educatore ammaestra non solo con la parola formalmente mirata ad insegnare, ma con tutto se stesso, con ogni atto ed esempio, e pur quando ride e quando divaga e quando parla d'altro. E così di Satta ricordo una battuta, detta con la tipica voce sarda fonda e perentoria, che ha influito sui miei studi forse più di cento libri: "La China, sia curioso di tutto!" (...) Alla fine i codici, le leggi, le norme, i sistemi passano (...) ma il merito, di fronte al Dio ignoto, della ricerca, della conoscenza, della ragione resta; e così mi

è caro che resti negli altri come in me il ricordo dell'uno e dell'altro amati Maestri, che ancora rivedo sullo sfondo della Genova storica medievale, ad entrambi gradita: la Genova dei vicoli ancora scuri a mezzodì ma tagliati di lame di luce all'incrocio con altri vicoli, popolati di gatti, di ediclette votive alla Madonna, di ambigue creature oziose, per i quali Satta passava dopo la lezione delle undici goloso di scene di vita, di preziosi dettagli artistici (...); la Genova delle trattorie a ridosso del porto vecchio, ove Andrioli entrava imperversando vocando motteggiando con il suo amico carissimo Foschini, antri ombrosi a volte basse, saturi di odori di cucina mediterranea e marinaresca; uniti nel ricordo l'uno e l'altro, in un'immagine di felicità" (33).

Note:

(1) Mario Barba, *Sulle condizioni dell'azione e sul momento della loro sussistenza rispetto al processo*, in *Giust. civ.* 1960, I, 1974, nota critica a Cass. 9 giugno 1960, n. 1525. La replica, sulla medesima *Rivista*, è di Salvatore Satta, *Nuovi orizzonti in tema di condizioni dell'azione*, 1961, I, 499. Nel suo manuale, *Diritto processuale civile*, XIII ed. Cedam, 2000, alla nota 20 di p. 161 si parla di *clamoroso errore* della Corre d'Appello di Bologna, la sentenza poi cassata. Di tal cosa dà conto anche la nota redazionale alla medesima sentenza che si trova sul *Foro it.* 1961, 1002.

(2) Per una biografia attraverso l'opera, cfr. Vanna Gazzola Stacchini, *Come in un giudizio. Vita di Salvatore Satta*, Donzelli Editore, 2002. Sul suo modo di sentire ed interpretare la vita e il sentimento religioso, cfr. Salvatore Borzi, *Il Cristianesimo laico di Salvatore Satta*, Rubbettino, 2004 e Mario Corda, *La filosofia della vita in dimensione esistenzialista, Salvatore Satta filosofo*, Armando Editore, 2004. Sotto il profilo più strettamente letterario, cfr. Brunella Bigi, *L'autorità della lingua. Per una nuova lettura dell'opera di Salvatore Satta*, Longo Editore, 1994 e Alessandro Carrera, *Il Principe e il Giurista. Giuseppe Tomasi di Lampedusa e Salvatore Satta*, Pieraldo Editore, 2001. Ugo Collu, *La scrittura come riscatto, Introduzione a Salvatore Satta*, Edizioni Della Torre, 2002. Molti altri sono i saggi e gli studi sulla sua opera e la sua figura. Assumono poi particolare importanza le raccolte, curate da Ugo Collu, degli atti dei Convegni organizzati dal Comune di Nuoro nel 2002 e nel 1989: *Salvatore Satta, oltre il giudizio. Il diritto, il romanzo, la vita*, Donzelli Editore, 2005 e *Salvatore Satta giurista scrittore*, Consorzio per la pubblica lettura S. Satta, Nuoro, 1990. Il volume, corredata da curatissime note biografiche e bibliografiche, è disponibile, anche per il prestito, presso la biblioteca Bensa.

(3) Edito dalla Cedam e aggiornato, fino al 2000, da Carmine Punzi autore anche di "Salvatore Satta", in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX Secolo)*, II Vol, Bologna, 2013.

(4) Significative le parole del suo allievo Ferdinando Mazzarella, pronunciate pochi giorni dopo la scomparsa, *L'interpretazione di Satta, Lezione tenuta agli studenti del corso di procedura civile dell'Università di Palermo il 21 aprile 1975*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 491: "...Satta è, prima di ogni altra cosa, parola scritta. Non è un mistero che la prima vocazione di Satta fosse quella letteraria; e Satta giurista è solo un'apparente smentita del Satta letterato, in realtà ne è logica continuazione (...). Ma per Satta veramente si può dire che non residuasse nulla di lui al di là dello Scritto. Di qui la straordinaria compiutezza formale della sua pagina, ma anche la rigidità morale della sua persona, che era essenzialmente un testo (...). Dobbiamo essere grati di questa immedesimazione di Satta col testo, perché egli in effetti non ci ha lasciato tracce del suo passaggio terreno, ma ci ha lasciato sé stesso...". Come appassionato lettore di Thomas Merton (1915-1968), non posso non adattare anche al monaco trappista questa originale forma espresiva. Quando andai in Francia, a Saint-Antonin-Noble-Val, ove Merton trascorse qualche anno dell'adolescenza, rimasi sorpreso dal fatto che la via a lui dedicata, e che conduce alla casa costruita da suo padre alla fine degli anni venti, recasse la qualifica di scrittore, anziché di monaco. Ma Thomas Merton fu, innanzitutto, un mo-

naco, e poi anche uno scrittore, così come Satta fu, innanzitutto, un giurista. Da ultimo, sulla personalità e sull'opera del *monacoscrittore*, autore de *La montagna dalle sette balze*, uscito negli anni cinquanta e tradotto in tutte le lingue, cfr. il saggio di Maurizio Renzini, *Thomas Merton, Una spiritualità inquieta*, Nerbini, 2017, che ne riporta alla luce, a cinquant'anni dalla scomparsa, la vena profetica: Merton, infatti, nell'ultimo periodo della sua vita, studiava le religioni orientali e in particolare lo Zen e non mancò di far sentire la sua voce contro la guerra in Vietnam e a favore del disarmo nucleare. Artista (v. *infra*, n. 8) ed esploratore anch'esso dell'anima e dei suoi conflitti, oltre che dei suoi desideri più profondi forse dimenticato, trascurato e incompreso, ma che Papa Francesco ha voluto tuttavia indicare, nel suo discorso al Congresso degli Stati Uniti del 25 settembre del 2015 (ricorrendone il centenario della nascita), come riferimento e guida, insieme ad Abramo Lincoln, Dorothy Day e Martin Luther King, al popolo americano.

(5) La Cedam pubblicò nel 1948 anche *De profundis*, l'unica opera letteraria uscita in vita, una sorta di meditazione sull'Italia dopo la guerra e il ventennio fascista. L'opera autobiografica *La veranda*, scritta alla fine del 1930, non venne pubblicata perché, presentata al Premio Viareggio, pur incontrando il favore del critico Marino Moretti, trovò l'opposizione della giuria. Fu anch'essa pubblicata postuma, per la prima volta, nel 1981 da Adelphi, dopo che la moglie di Satta, Laura Boschian, la trovò in mezzo alle carte lasciate da suo marito. Edita anche da Ilisso nel 2002 con la prefazione di Aldo Maria Morace. Le altre due pubblicazioni riguardano raccolte di scritti per lo più di carattere giuridico: *Il mistero del processo*, Adelphi, 1994, contenuto nel volume *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, 1968 e Ilisso, 2004. Innumerevoli gli articoli, le note a sentenza, i commenti sulle riviste giuridiche, senza contare le altre monografie in tema di arbitrato, rivendita forzata, diritto fallimentare. Nei *Quaderni del diritto e del processo*, editi tra il 1969 e 1963, sono pubblicati anche gli articoli redatti per *Il Gazzettino di Trieste* con il quale Satta collaborò per qualche anno.

(6) Giovanni Piroddi, *Letteratura delle regioni d'Italia*, Editrice La Scuola. Chi ha studiato al liceo negli anni ottanta non ha potuto conoscere l'opera letteraria di Satta. Il Santoro, *Disegno storico della civiltà letteraria italiana*, Le Monnier, 1980, ad esempio, pur contenendo un dettagliato capitolo sulla *Letteratura del dopoguerra* non poteva all'epoca far menzione di Satta.

(7) Vanna Gazzola Stacchini, cit., p. 145-146: "L'ironia in questo senso nel romanzo di Satta è una struttura. Nella scorrevolezza della scrittura essa permea ogni situazione, anche la più sinistra, di questo libro ironico dei morti, immerso in una luce notturna, nera, dove la morte – l'annientamento – sono protagonisti assoluti, cosmo totalizzante."

(8) In effetti, leggendo *Il giorno del giudizio*, non solo sembra di vedere un film di Carl Theodor Dreyer (1889 – 1968) ma è facile trovare una certa affinità di pensiero, oltre che di metodo, tra i due artisti, specie per quella compenetrazione tra realtà fisica e universo dell'anima che, per semplificare, viene detta "realismo psicologico" e che caratterizza l'opera del cineasta danese. Significativo appare quanto scrive la Stacchini a conclusione del suo studio, p. 165: "Quello che si può affermare come resistente nell'anima di Satta è l'inguaribile ferita, anzi l'offesa, per la perdita del sacro, che non coincide con il sacro della religione, ma ha a che vedere con il sogno di un'armonia dell'uomo con la natura, con la gratuità del gioco e dell'arte, con l'innocenza dei piccoli e dei folli e degli animali" concetto in parte rinvenibile nell'intesa tra il folle Johannes, che domina la scena di apertura del lungometraggio *Ordet* (1955), il quale vaga per la campagna ventosa dello Jutland annunciando, tra l'altro: "... il giorno del giudizio è vicino", e Maren, la bambina, sua nipote, due dei protagonisti di quella che è considerata non solo la migliore opera del cineasta danese, ma una delle più profonde riflessioni sul mistero dell'esistenza e della morte. Sulla vita e sull'opera del cineasta cfr. Maurice Drouzy, *Carl Th. Dreyer nato Nilsson*, Ubulibri, 1990. Sulle sceneggiature di cinque tra i più famosi film (*La Passione di Giovanna d'Arco*, *Vampir*, *Dies Irae*, *Ordet* e *Gertrud*) con l'introduzione di Guido Aristarco trad. di Maria Harder Giacobbe e Marcella Rinaldi, cfr. *Carl Theodor Dreyer*

yer, *Cinque film*, Einaudi, 1974. Inoltre, Dreyer, negli ultimi anni di vita, scrisse la sceneggiatura di un film su Gesù che però non riuscì a realizzare (perché, si legge nella encyclopedie Treccani on line, "vittima dell'incomprensione che ostacola gli autori più complessi e originali"). La prima scena si apre con la predicazione di Giovanni Battista, ripresa per la prima parte dai vangeli sinottici e, per la seconda, dal vangelo di Giovanni. L'autore tuttavia aggiunge l'espressione, non presente nei testi sacri, "...il giorno del giudizio è prossimo". Sembra dunque che, per entrambi, non via sia giorno che non sia anche giorno del giudizio. Infine, le parole che usa l'encyclopedie Treccani on line sull'opera di Dreyer sembrano essere scritte per quella di Satta: "L'eccezionalità senza drammi della storia raccontata dà peso a una visione del mondo per cui ogni rimedio alla tragica provvisorietà dell'esistenza è votato alla sconfitta. L'accettazione della solitudine e la coscienza dello sforzo danno però senso alla vita. La narrazione ha un tono austero che permette il salto verso l'allegoria: la scenografia, la recitazione, la scansione dei piani e delle inquadature hanno un'apparenza di staticità, in realtà servono a dilatare il senso di quello che si vede." Senza contare, come detto, che "Tra i grandi maestri dell'arte cinematografica del Novecento, il regista danese fu anche uno dei più incompresi da critica e pubblico." Che Satta, anch'esso genio, in parte incompreso, possa essere considerato un vero e proprio artista, cfr. l'opinione di Crisanto Mandrioli, *L'opera scientifica di Salvatore Satta, testo della commemorazione letta nella sala Meridiana della Facoltà giuridica genovese il 10 maggio 1976*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 481: "In realtà, Satta fu un vero e proprio artista del diritto. Ed in un certo senso anche artista tout court. Prosatore elegante, quanto altri mai (anche nel campo letterario nel quale si cimentò non senza successo nei suoi anni giovanili ed anche verso il tramonto con *De Profundis*, aveva il dono dell'espressione incisiva, dell'immagine piena di implicazioni, della frase piena di echi e di reminescenze e soprattutto – incombente su ogni suo discorso – il senso del mistero della vita e della morte, proprio della sua gente sarda, quella mestizia stupita, ma non rassegnata, che trova il suo naturale approdo nella Fede; la Fede che lo sorresse in vita e che illuminò la Sua dipartita." E ciò, senza che Mandrioli avesse ancora letto *Il giorno del giudizio...*

(9) In una lettera all'amico Albanese, riportata sempre nel libro della Stacchini a pag. 79, si legge: "Il credere non è più degli uomini; è di questi grandi alberi che ho intorno [forse si trovava nella casa di Fregene] e che sognano la loro profonda esistenza nell'apparenza immobile. La notte lasciano cadere dalle loro immense altezze le pigne mature che rimbalzano sprigionando le infinite vite dei pinoli. E così sono là da cento da ducent'anni, fedeli a Dio". Mi piace accostare questo passo ad uno del monacoscrittore (v. *supra* n. 4) per rivelare la comune sensibilità spirituale di due persone che hanno saputo cogliere proprio negli alberi (che coincidenza!) e, più in generale, nella natura, la corrispondenza tra essere e identità e, quindi, la risposta fedele alla vocazione: "Un albero dà gloria a Dio per il fatto di essere albero. Perché nell'essere quello che Dio intende che esso sia, l'albero ubbidisce a Lui (...) Alberi e animali non hanno problemi. Dio li ha fatti quali sono senza consultarli, ed essi sono perfettamente soddisfatti. Per noi è diverso, Dio ci lascia liberi di essere ciò che preferiamo (...) Possiamo essere veri o falsi, la scelta dipende da noi" T. Merton, *Semi di contemplazione*, Garzanti, 1991, p. 32-34. Così, allo stesso modo, ma fuori da una speranza più propriamente cristiana e in una visione pessimista dell'uomo incapace di raggiungere Dio, leggiamo ne *Il giorno del giudizio*, Adelphi, 1979, p. 43: "Ho sempre pensato che tra le piante, gli animali, il vento ci sia un segreto rapporto (...) Il loro moto non è certo il nostro, ma è come quello del mare, che non ha senso chiamare immobile (...) E poi il moto degli alberi è verso l'alto, in questa lieta conquista del cielo, che a noi animali (o, come si dice nelle leggi sull'abigeato, semoventi) è negata."

(10) Impossibile non tentare un accostamento con la seguente citazione: "L'uomo è il risultato delle sue azioni passate - scrive nel 1949 in *Introduzione alla filosofia-*. Intendo il passato culturale della stirpe, custodito nella memoria storica; e solo fintantoché questo passato è realmente ricordato l'uomo è davvero consapevole del proprio esistere presente e, di conseguenza, dell'autentico significato attuale dei propri problemi esistenziali", citazione tratta dall'articolo dal titolo *Inediti. Hans Jonas*,

la ricerca della vita buona, di Simone Paliaga, su *Avvenire* del 9 novembre 2018, <https://www.avvenire.it/agora/pagine/jonas-filosofia-gnosticismo-scienza-tecnologia-etica>. Sul problema del male in Jonas e Pareyson, cfr. Vittorio Possenti, *Dio e il male*, SEI, 1995. Satta offre così spunti di riflessione straordinari anche sotto il profilo filosofico, come messo in luce dallo studio di Corda (v. *supra*, n. 2) (11) Cfr. Satta, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, 1968, p. 75: “...e fanciullo, i miei primi libri sono stati quei grossi volumi, che raccoglievano anno per anno gli atti rogati con la sempre uguale severa scrittura, che furtivamente leggevo, certo senza capirli, ma intuendo forse che in essi si custodiva, ridotta a formula giuridica, tanta somma di vita; e i miei primi compiti sono state le copie di quegli atti, che il padre faceva fare ai numerosi figlioli, (...) poiché la macchina da scrivere non era stata ancora inventata. La sera, il padre leggeva ad alta voce sotto la grande lampada sulle copie (...) quelle formule antiche davano alla domestica scena il sapore di un rito; capivamo allora che in esse si conservava il mistero della parola, e che il padre era di questa parola il Ministro? Non credo davvero.”

(12) *Il giorno del giudizio*, cit., p. 147. L'episodio, con più particolari, si trova anche in Satta, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Soliloqui...*, Ilissio, p. 102.

(13) Secondo la definizione di Bulgaro, ripresa da Satta ne *Il mistero del processo*, cit., p. 30.

(14) Sul conflitto tra erede e legatario in ordine alla amministrazione dell'azienda oggetto di legato, cfr. Satta, *Legato di azienda e accettazione di eredità con beneficio di inventario*, nota a Pretura di Savona, 7.12.1954, in *Foro it.*, 1955, I, 290

(15) Cfr. sul punto U. Morello, *Accettazione o preferenza del legato in sostituzione di legittima?*, in *Foro it.*, 1964, I, 1210, nota a Cass. 09.01.1964, n. 37, il quale, sull'assunto che il legato in sostituzione non si accetta, né si consegue, ha evidenziato come l'acquisto di esso diventi definitivo solo con l'esercizio del diritto potestativo di scelta (c.d. *ius optionis*) che dà luogo ad un “negoziò di preferenza”; questa costruzione viene tratta dal dettato letterale del secondo comma dell'art. 551 c.c. e sarebbe volta ad evitare che eventuali atti compiuti dal legatario a seguito dell'apertura della successione (es. registrazione e trascrizione del testamento, denuncia fiscale e, più in generale, atti meramente conservativi di vigilanza e di amministrazione temporanea del bene) finiscano per essere intesi come manifestazione della volontà confermativa dell'acquisto del legato, con conseguente perdita della facoltà di rinunzia. Sulla perdita della facoltà di scelta per via del materiale conseguimento del legato in sostituzione di legittima, cfr. Cass. 19.09.1968, n. 2966, in *Foro it.* 1968, I, 2700. Sulla inefficacia della mera riserva di supplemento espressa nell'atto di conseguimento del legato, v. Cass. 13.11.1979, n. 5893, in *Riv. d. Not.* 1980, 2, 571. In dottrina, cfr. anche Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2015, 476, per il quale “la scelta si opera con un negoziò unilaterale non recettizio, né collettivo, disponendo il legittimario per sé, impugnabile per violenza o dolo...”

(16) Si tratta della sent. n. 7098 del 29.03.2011. Tra i vari commenti, cfr. Francesca Costantino, *La rinuncia in forma scritta ad un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 9, 10917; Marco Filippo Giorgianni, *La forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili*, in *Giur. it.*, 2012, 3; Rebecca Gelli, *La forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili secondo le sezioni unite*, in *Fam. e dir.*, 2012, 1019.

(17) Cfr. Cass. 07.05.2013, n. 10605 “la volontà di rinunciare al legato di beni immobili, per cui è necessaria la forma scritta “ad substantiam”, ai sensi dell'art. 1350 cod. civ., avendo natura meramente abdicativa, può essere dichiarata pure con l'atto di citazione - per sua natura recettizio con effetti anche sostanziali - il quale, provenendo dalla parte che, con il rilascio della procura a margine o in calce, ne ha fatto proprio il contenuto, soddisfa altresì il requisito della sottoscrizione, sicché l'atto risponde al requisito formale, senza che assuma rilievo la trascrizione di esso, in quanto volta soltanto a rendere lo stesso opponibile ai terzi” (Cass. 07.05.2013 n. 10605).

(18) Sul “processo come racconto, come creativa ricostruzione di storie di

vita”, cfr. Corda, cit., p. 41: “Il processo, in definitiva, è un procedere a ritroso nel tempo, un arresto del corso di esso finalizzato a una cristallizzazione di vicende passate che possono così essere riguardate con quella lente d'ingrandimento che è il giudizio. Satta rimane affascinato dalla creativa ricostruibilità degli avvenimenti, la quale finisce per concretare un racconto; e proprio nell'ambito di questa riflessione gli si spalanca la felicissima intuizione dello stretto rapporto tra il diritto e la letteratura.” Segno di questa procedura a ritroso, dal punto di vista linguistico, è l'utilizzo, nella redazione delle sentenze, dell’“imperfetto”, tempo che indica il sussistere di un'azione passata (“Con atto di citazione ritualmente notificato, Tizio citava in giudizio Caio per sentire dichiarare inefficaci le disposizioni del *de cuius* lesive della sua quota di legittima”) che si perfezionerà solo con il compimento del giudizio, fenomeno giuridico capace di ricondurre il passato alla attualità del presente (“P.Q.M. Definitivamente pronunciando, in accoglimento della domanda di Tzio, dichiara l'inefficacia...”). Interessante (ma diversa) è la risposta di Stefano Ondelli, docente presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione dell'Università degli Studi di Trieste, ad un praticante avvocato il quale chiede all' Accademia della Crusca se l'utilizzo dell'imperfetto narrativo sia o meno corretto nella redazione degli atti giudiziari; il testo è leggibile collegandosi al sito <http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/imperfetto-narrativo>.

(19) Questa affermazione segue ad un richiamo, anche se per un altro aspetto, fatto alla sentenza del 1990 che parla, appunto, di condizione dell'azione. Tuttavia, in un passo della motivazione, poco dopo quello evidenziato nel testo, si legge che: “nella specie, l'odierna ricorrente non risulta aver mai espressamente manifestato la volontà di dismettere il legato onde conseguire la legittima né aver mai posto in essere – neppure nel corso dei giudizi susseguitisi inter partes, e sarebbe stata comunque manifestazione tardiva come meglio in seguito – comportamenti dai quali tale volontà potesse essere inequivocabilmente desunta.”

(20) Tra i presupposti processuali rientra invece la *legitimatio ad processum* che ha infatti a che vedere con la capacità processuale e il potere rappresentativo della parte. Si vede, ad esempio, Cass. 9.10.2015, n. 20387: “In tema di capacità processuale, qualora la procura sia rilasciata dal direttore generale di una società che si assuma mutuo del potere rappresentativo della società, ossia da un soggetto diverso da quelli - come la persona fisica che ricopre la carica di amministratore - aventi per legge la rappresentanza sociale e per i quali soltanto, una volta adempiute le prescritte formalità, può presumeri la capacità processuale, occorre la prova della speciale ‘legitimatio ad processum’, ossia della sussistenza dell'asserito potere rappresentativo, quale eccezione alla regola della esclusiva spettanza di questo agli amministratori. (In applicazione dell'anidetto principio, la S.C. ha confermato il giudizio di inammissibilità dell'opposizione allo stato passivo di un fallimento proposta da una banca per difetto di legittimazione processuale, poiché la procura era stata rilasciata dal direttore generale, cui, tra l'altro, neppure lo statuto attribuiva la rappresentanza in giudizio).

(21) Cass. 02.12.2002, n. 17064, sempre con riferimento alla “*legitimatio ad causam*”, “intesa come interesse ad agire o a contraddirsi” (tanto per complicare un po' le cose, visto che l'interesse ad agire è un'altra cosa ancora), invoca al proposito il principio della cosiddetta effettività sostanziale. Si tratta di un principio consolidato e risalente nel tempo. Cfr. Cass. 11.05.1952, n. 956: “Contrariamente ai presupposti processuali i quali devono sussistere al momento della proposizione della domanda, la legitimatio ad causam quale condizione dell'azione, deve sussistere al momento della decisione, e quindi può sorgere anche in corso di causa.”

(22) L'espressione è utilizzata da Claudio Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Profili generali*, Cedam, 2004, II, 204: “E allora, le due condizioni dell'azione, che sono l'interesse ad agire e la legittimazione ad agire, vanno poste sullo stesso piano dei presupposti processuali e così delle altre condizioni di decidibilità della causa nel merito, quali la capacità processuale, la capacità di essere parte, la giurisdizione, la mancanza di un precedente giudicato, la mancanza di un compromesso in arbitri...” che in ciò segue Aldo Attardi, *Diritto processuale civile*, Ce-

dam, 1994, p. 63 il quale parla di “condizioni per la trattabilità e la decisione del merito della causa” e, a p. 69, pone delle avvertenze all'utilizzo della tradizionale distinzione tra presupposti processuali e condizioni dell'azione posto che la pronuncia su uno o su una di essere sarebbe comunque inidonea ad acquistare forza di giudicato trattandosi di pronuncia di rito. Cfr. per una sintesi, il richiamo a detta categoria di Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Giuffrè, 2008, p. 13. Per un'altra versione ancora, pur sempre tesa ad unificare il concetto, cfr. Francesco P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Giuffrè, 2017, 8.2., 54: “la terminologia più corretta sarebbe ‘condizioni per le decisione del merito’... tuttavia la tradizione consiglia (...) di continuare ad utilizzare il termine ‘presupposti processuali’ (...)” che l'Autore distingue a seconda che attengano all'organo giudicante (giurisdizione, competenza), all'oggetto della controversia (cosa giudicata, litispendenza, continenza) o agli altri impedimenti alla decisione di merito (convenzione di arbitrato) oppure alle parti (capacità, legittimazione, interesse ad agire, rappresentanza tecnica, instaurazione del contraddittorio, integrità del contraddittorio).

(23) Tra la dottrina sostanziale, con riferimento alla rinuncia al legato, cfr. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2015, 477, il quale definisce la rinuncia una “condizione processuale” che “dovrà quindi intervenire prima della decisione”.

(24) Come ripeteva spesso il mio professore di Diritto amministrativo, Pierandrea Mazzoni, le classificazioni non sono né vere, né false, ma utili o inutili. Evidentemente alla Corte, una volta ammesse e confermate le diverse conseguenze ricollegabili ai presupposti processuali e alle condizioni dell'azione, basta e avanza la tradizionale impostazione.

(25) È il concetto di azione come postulazione di giudizio: “L'idea dell'azione nasce proprio da questa realtà, che ognuno può constatare varcando la soglia di un ufficio giudiziario: il giudizio deve essere postulato da un soggetto, il quale appunto affermi, di fronte ad un altro soggetto, e ovviamente al giudice, che l'ordinamento non si è concretato, e si deve concretare in un certo modo, nel modo che egli ritiene ed indica. Questa postulazione è l'azione...” *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, n. 73. Cfr. anche Satta, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 1970, articolo che l'Autore conclude con le seguenti parole: “Quel che noi chiamiamo diritto è in concreto il singolo interesse che facciamo valere in giudizio e che, appunto, perché lo facciamo valere in giudizio, si concreta nell'azione, cioè nella postulazione di un giudizio favorevole. Il giudice, a seconda che accolga o respinga la domanda, riconoscerà o negherà l'interesse. Al di fuori di questo non vi è, non vi può essere altro.” Sull'impostazione sattiana cfr. Mandrioli-Carrata, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, 2016, p. 70 n. 42 e Monteleone, *Diritto processuale civile*, Cedam, 2000, p. 179: “Quegli studiosi, e tra essi soprattutto il Satta, che hanno avversato il dualismo tra diritto sostanziale ed azione processuale (...) non hanno dunque fatto alcun passo indietro rispetto all'insegnamento del Chiovenda, non sono affatto regrediti all'epoca della c.d. scuola esegetica, ma hanno raccolto la fiaccola della autonomia dell'azione, ad essa dando più solido fondamento...”

(26) Satta, *Diritto processuale civile*, Cedam, 2000, n. 76. Si tratta di un'opinione isolata ancorché la si legga nel più ampio contesto di quanto appena riportato, e cioè con riguardo al fatto produttivo di determinati effetti giuridici dai quali sorge l'azione. Cfr. Attardi, *op. cit.*, p. 67: “...secondo un orientamento assai diffuso, in giurisprudenza soprattutto, è sufficiente, perché il giudice possa pronunciare nel merito, che le condizioni, ancorché mancanti al momento dell'instaurazione del processo, siano successivamente sopravvenute (...) Tale orientamento vuole evidentemente soddisfare quell'esigenza di evitare che il processo si svolga a vuoto che si è vista rispecchiata nelle varie disposizioni che prevedono, con riferimento a diverse delle condizioni in esame, la possibilità di rimedio alla loro mancanza”. Per tornare al caso di specie, non aveva senso respingere la domanda della moglie senza consentirle di rinunciare al legato in corso di causa, visto che la stessa, a seguito del rigetto, avrebbe potuto riproporla uguale e identica.

(27) Definendo “condizioni dell'azione” quelle “che consentono al giudice di emettere un provvedimento favorevole all'attore”.

(28) Cfr. Tito Carnacini, *Salvatore Satta (necrologio)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1976: “D'altra parte Salvatore Satta era aperto ad ogni fenomeno

giuridico, grande o piccolo che fosse, ne aveva il fiuto avvertendolo prontamente, e l'affrontava sulla base di una preparazione solida ed ampia, sebbene non amasse, perché teso all'essenziale, farne sfoggio con abbondanti citazioni, spesso irrilevanti citazioni delle opere altrui.”

(29) È probabile che l'equivoco (e il successivo dibattito) sia nato dal fatto che, come evidenziato sul *Foro it.* (v. *supra*, n. 1), ove compare solo la massima: “La forza lavorativa dell'affittuario, quale condizione della proroga legale del contratto di affitto, deve essere valutata con riferimento allo stato di fatto al tempo della domanda, e non al tempo della sentenza” la Giustizia civile vi abbia aggiunto l'ulteriore massima: “Le condizioni dell'azione sono soltanto quelle che – a differenza dei presupposti processuali – consentono di emettere un provvedimento favorevole all'attore”, mentre sarebbe bastato individuare (ed evidenziare) la *ratio decidendi* nella applicazione analogica del principio fissato dall'art. 1453 c.c. anche alla domanda tesa a far dichiarare la decadenza dalla proroga legale.

(30) Cass. 03.11.1977 n. 4691, in *Giur. it.*, 1979, I, 685.

(31) La pronuncia appena citata conferma Cass. 23.10.1970, n. 2115, in *Giur. it.*, 1971, I, 1296 e Cass. 03.06.1960, n. 1434, in *Giur. it.* 1961, I, 175, relative sempre a fattispecie in cui la forza lavorativa è venuta meno in corso di causa. Il contrasto con la sentenza del 1960 all'origine dell'accesso dibattito è, quindi, soltanto apparente.

(32) Cesare Glendi, *Giurisdizione volontaria e procedimenti in camera di consiglio (Rievocazione del pensiero di Salvatore Satta sul tema)*, in *Atti del Convegno*, v. nota 3. Nello stesso volume v. anche Luigi Serra, *Ricordo di un allievo* che descrive la prima lezione al corso di procedura civile e la Prof.ssa Franca De Marini Avonzo, *Gli anni genovesi di Salvatore Satta* che, tra le altre, ricorda: “la lezione di Satta è stata (...) una lezione di stile. Ci impressionava la maniera in cui riusciva sempre a trovare la forma di composizione adatta a riferire l'intreccio intertestuale tra i documenti normativi, le loro possibili interpretazioni nella storia e i casi della vita espressi nelle sentenze (...) Solo una profonda cultura (ci sembrava) quando si aggiunge ad una acuta intelligenza, può consentire di inventare il linguaggio adeguato a raccontare il diritto come esperienza umana. Satta aveva una tale capacità di invenzione perché era capace di vivere tra passato e futuro: da oggi fino a Platone, per preparare i giuristi di domani. Quei libri che diceva di aver dimenticato gli erano in realtà ben presenti, se non ricordo male i resoconti delle sue letture serali, che mi faceva mentre dalla Biblioteca tornavamo insieme alle nostre case attraversando tutta Genova”.

(33) Sergio La China, *Diritto processuale civile*, Presentazione, Giuffrè, 1991. Un'immagine di felicità, come quella rievocata ne *La Veranda*, cit., p. 65, in un clima (invernale) di francescana letizia ove solo “i piccoli” sono in grado di percepire il mistero della vita e celebrare, attraverso la lente del ricordo, il valore degli affetti: “Ti benedico, o sorella, per la mia piccola gioia. Io sono il bambino d'un tempo, che schiacciava il naso contro i vetri, nella stanza avvivata dai barbagli del caminetto. Ecco, e tu cadi come allora (poiché tu sei la 'neve d'allora') con l'abbondanza della grazia di Dio, che non conosce misura. L'aria è tutta solcata di righe tremule candide, che l'occhio insegue, ricerca, confonde, mentre il cuore ha rapidi tuffi che richiamano il riso alle labbra.” Una felicità che Satta troverà nei libri “...ho trascorso coi libri gli anni più belli della mia vita...” (*Prefazione al Commentario di Procedura Civile*, 1959) e nelle lunghe camminate domenicali che era solito fare con la moglie e gli amici sui monti intorno a Roma, in qualsiasi condizione di tempo (Cfr. Vanna Gazzola Stacchini, cit., p. 62). Ma v'è né una, di queste “ascensioni umane”, come lui le chiamava, che lo lega in modo speciale a Genova e Genova al celebre romanzo: “Noi, genitori e figli, vivevamo la domenica andando a camminare sulle colline che circondano Genova. Per ragioni che ovviamente non ricordo, capitò che andassimo a camminare solo mio padre ed io. Era una domenica d'inverno, direi tra il 1954 e il 1957; salivamo sul Monte Fasce, il “monte” che sovrasta Genova (...) Parlavamo della famiglia e di Nuoro. Ad un certo punto, guardando lontano, disse, quasi parlando con se stesso, che avrebbe scritto la storia di Nuoro e l'avrebbe intitolata “Il giorno del giudizio”. Rimasi incantato, non ho mai dimenticato quel momento...” (Filippo Satta, *Testimonianza*, nel libro di Manola Bacchis, *Nel segno del giudizio. L'arte nelle copertine di Salvatore Satta*, Condaghes, 2017, p. 9).

*La saga dei processi civili
(I Tribunali dei Forsyte
visti da un Giudice Civile)*

Andrea Del Nevo
Magistrato

Sommario: 1. *I perché di una scelta.* - 2. *I processi.* - 3. *La psicologia nel diritto.* - 4. *La lingua dei giuristi.* - 5. *“L’odore della giustizia”.* - 6. *Il giusto processo.* - 7. *Il rispetto per la giurisdizione.* - 8. *Conclusioni.*

1. I perché di una scelta.

Perché scegliere John Galsworthy, e la sua opera più famosa (*La Saga dei Forsyte*) esercitando le funzioni di giudice civile?

Innanzitutto perché apparentemente in Italia i profili giuridici esaminati da questo autore nei romanzi che compongono “*La Saga*” non sembrano essere stati oggetto di analisi precedenti. Ciò probabilmente anche a causa della rarefazione delle edizioni italiane, dopo gli anni ’50 riprese solo recentemente.

Si deve poi ricordare che, a parte l’opera di alcuni precursori (“la letteratura e la vita del diritto” di Antonio D’Amato, del 1936, e “Diritto e Giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale”, di Ferruccio Pergolesi, del 1956), l’interesse in Italia per il rapporto tra diritto e letteratura è piuttosto recente (Sansonese e Mittica ne collocano l’insorgenza nella seconda metà degli anni ’80, con l’arrivo dei primi scritti di studiosi americani e con l’uscita dei contributi di Cattaneo, Rebuffa e Bevere) (1).

Quindi, nel momento in cui tale interesse si è sviluppato, quello per l’opera di Galsworthy era in fase calante.

Questo ha presumibilmente impedito di cogliere il rilevante contributo di tale autore ai fini che verranno illustrati di seguito. Verrà usata per questo scritto la (bellissima) traduzione della *Saga* di Elio Vittorini.

Chi scrive ha quindi il vantaggio della novità.

In secondo luogo perché John Galsworthy era laureato in legge. Questo dato appare utile, ma non in sé significativo, considerando il copioso numero di grandi scrittori che hanno conseguito tale laurea (a solo titolo esemplificativo ricordo il nome di Proust), senza che nelle loro opere siano rinvenibili riferimenti giuridici significativi (come al contrario ci sono negli scritti di altri laureati in giurisprudenza, come Von Kleist e Kafka).

Egli era anche però figlio di un avvocato di successo, e forse anche e soprattutto per questo (e non tanto per la sua notoriamente poco assidua frequentazione dei Tribunali, a vantaggio dei viaggi) dimostra una perfetta conoscenza dei meccanismi processuali civili dell’epoca.

Le sue cronache giudiziarie si possono presumere di conseguenza estremamente attendibili.

In terzo luogo per il fascino del termine *Saga* (che è notoriamente di origine islandese).

Accanto ai significati più risalenti di tale termine (poema epico in prosa, che narra le vicende di uomini straordinari), ne esiste uno più recente e più interessante per il giurista. La diffusione di quest’ultimo nei tempi moderni la dobbiamo principalmente alla popolarità dell’opera di Galsworthy (“The Forsyte saga”). Secondo l’autore di cui ci occupiamo la *saga* è il racconto romanzato di un gruppo sociale con radici comuni (nel suo caso la famiglia allargata - *gens* dei Forsyte).

Si tende ad estendere nei dizionari tale nozione anche a comunità diverse da quelle familiari, quali ad esempio gruppi sociali o etnici.

In anticipo rispetto ai nostri tempi, è lo stesso Galsworthy a confermare quanto appena detto, quando nella prima pagina dell’opera parla di “... quella misteriosa, concreta coesione che fa di una famiglia una così formidabile unità sociale ...”, definendola poi “... una così esatta riproduzione della società in miniatura ...”. E allora come non pensare a tante cause civili come saghe di gruppi, o familiari (divisioni o successioni), o sociali (controversie condominiali, azioni a tutela dei consumatori etc ...), anche considerando la loro (a volte) incredibile durata (anche nella finzione letteraria, come nella causa Jarndyce vs Jarndyce in “Casa desolata” di Dickens). D’altronde, anche recentemente, il mondo giuridico usa non infrequentemente tale termine per riferirsi a cause complesse (2). E come non avvertire il carattere epico nell’inflessa narrativa che emerge da molti atti processuali (sia perdonata l’ironia). Perciò come Giudice, grazie alla lettura di Galsworthy, avverto di diventare un personaggio delle varie saghe alla cui risoluzione partecipo.

Diventare letteratura, il punto massimo di contatto (o di immedesimazione organica, per dirla da giurista) tra letteratura e diritto. Soprattutto l’utilità culturale per un giudice civile la individuo nella possibilità di esaminare nella *Saga* addirittura tre processi civili, uno nel “Possidente”, e due nel secondo romanzo, significativamente intitolato “Alla sbarra”.

È comprensibile che nella storia della letteratura abbia dominato il processo penale, dove sono in gioco la vita e la libertà di un essere umano.

La sua maggiore ritualità, conseguente all’importanza dei valori in gioco, rispetto al processo civile, lo rende più drammatico e spettacolare, e quindi più vantaggioso in termini narrativi per il romanziere.

Non sono ovviamente mancate illustri eccezioni a tale regola. Basta ricordare qui tra i tanti “Il Mercante di Venezia” di Shakespeare o la novella “la casa del Granella” di Pirandello. Con il suo interesse esclusivo e molteplice per le cause civili Galsworthy diventa però l’autore più interessante in tale campo, dotato oltretutto della già citata conoscenza approfondita delle regole giuridiche.

2. I processi.

Il processo del primo romanzo vede fronteggiarsi l’avvocato Soames Forsyte, qui nel ruolo di parte processuale (come attore) e l’architetto Philip Bosinney.

Costui non è un soggetto completamente estraneo ai Forsyte. Si tratta infatti del fidanzato di June Forsyte, figlia di primo letto di Jolyon Forsyte, cugino di Soames.

La causa ha natura contrattuale, anche se presenta profili psicologici, legati alla famiglia, che finiscono per essere il vero motore del suo avvio.

Il profilo iniziale è riferito alle perplessità di molti componenti della famiglia Forsyte in ordine all’affidabilità del Bosinney come futuro marito di June.

La latente ostilità mostrata da numerosi componenti della famiglia nei confronti dell’architetto parrebbe spiegare in apparenza l’insorgere della causa.

Il secondo, e ben più determinante profilo, riguarda però l’amore che esplode tra Bosinney e la moglie di Soames Forsyte, Irene.

A pagina 207 del capitolo XIV si legge infatti che “... Bosinney era innamorato di Irene, di questo Soames non dubitava! E l’odiava, e non lo avrebbe risparmiato. Già che poteva, si sarebbe rifiutato di pagare un soldo più delle dodicimila sterline fissate come limite massimo, cioè avrebbe pagato e citato l’architetto in tribunale per il rimborso. Le lettere parlavano chiaro. Avrebbe incaricato “Jobling e Boulter” della causa. Oh sì! E quel pezzente

sarebbe stato ridotto alla rovina ...”. Ovvero, come tantissimi giudici civili e del lavoro (ed anche penali) continuano a vedere oggi, in che modo il carico di lavoro dei tribunali viene gravato da rappresaglie che nascono da ragioni affettive.

Incaricato da Soames di costruire una villa nella (allora) campagna londinese (“... a dodici miglia appena da Hyde Park Corner ...”), l’architetto Bosinney commissiona lavori per un notevole importo (dodicimilaquattrocento sterline) per tale edificazione.

Parte di tale importo viene contestato da Soames, il quale ritiene di aver posto nella corrispondenza con l’architetto (e rivale in amore) un preciso limite alle spese da sostenere (dodicimila-cinquanta sterline).

Bosinney sostiene invece di aver avuto dalla sua controparte “carta bianca”, e cioè disponibilità illimitata nell’assumere debiti per tali opere.

Soames cita la controparte per essere rimborsato delle spese sostenute in eccesso.

Le controversie del romanzo “Alla sbarra” sono costituite invece dalla separazione tra Winifred Forsyte e Montague Dartie, e dal divorzio tra Soames e la moglie Irene.

L’attualità, e la valenza anche futura della lezione di Galsworthy, si esprime sotto molteplici punti di vista, che esamino subito, perché emergenti in tutti i processi.

3. La psicologia nel diritto.

Colpisce prima di tutto l’interesse per i profili psicologici dei protagonisti dei processi.

Sono ovviamente consci del fatto che l’attenzione per la psicologia dei personaggi è una caratteristica generale di tutti gli scrittori.

Quello che distingue Galsworthy dagli altri autori è però l’esplicitazione programmatica di tale attenzione, fin dalle pagine iniziali del primo romanzo.

Così nella Parte Prima, capitolo I, quinta riga (“Ma per chiunque di codesti privilegiati (sono i presunti partecipanti alle feste familiari dei Forsyte Ndr) si fosse trovato a possedere il dono dell’analisi psicologica (le sottolineature sono mie) ...”), e a metà circa del capitolo III (“... per uno interessato allo studio psicologico dei Forsyte ...”).

Quanto sopra è degno di nota per l’operatore del diritto, perché oggi, ed ancora più in futuro, la psicologia fa e farà parte del bagaglio necessario di ogni giurista forense, sia esso Giudice o Avvocato, anche soprattutto allo scopo di pervenire ad un numero sempre maggiore di conciliazioni delle controversie.

L’interesse per la psicologia rimane anche nel racconto delle cause civili.

Inizio dalla causa Forsyte vs Bosinney.

La captazione della benevolenza del Giudice è il centro psicologico di questo processo.

Essa emerge nelle arringhe dei due difensori, il Queen’s Counsel (Consigliere della Regina) Waterbuck per Soames Forsyte, ed il giovane avvocato Chankery, dello studio Freak and Able, per Philip Bosinney.

L’avvocato Waterbuck insiste molto sulla rispettabilità sociale del proprio cliente.

Prima afferma che il suo cliente “..., è un gentiluomo, un possidente...”, per poi aggiungere che lo stesso è “... persona di cospicua e non dubbia posizione...”.

Ciò all’evidente scopo di eliminare ogni dubbio di venalità dello stesso nel giudicante (“...per puro principio, per puro principio dico, e insomma nell’interesse della società, Mr. Forsyte si è visto costretto ad opporre azione legale ...”).

Evidentemente anche nella società mercantile, di cui i Forsyte

erano tipici rappresentanti, apparire venali risultava disdicevole. Posso però ipotizzare anche un altro motivo che induce il difensore ad insistere sul censo del proprio cliente. È infatti molto probabile che anche il giudice appartenga alla stessa classe sociale, e quindi sia più portato ad empatizzare con chi condivide il suo stile di vita.

Il giudice Bentham ha infatti il titolo di cavaliere (“Sir”), che potrebbe avere ottenuto grazie alla professione di giurista, ma anche essere riconosciuto alla condizione nobiliare di baronetto (lo scrittore non specifica tale aspetto).

La prospettiva psicologica che viene adottata dall’avvocato Chankery è invece chiaramente diversa.

Egli innanzitutto ribalta la prospettiva economica e sociale utilizzata dal suo collega. Evidenzia infatti la rilevanza economica che la causa riveste per l’architetto Bosinney, precisando che “... il suo cliente non era ricco e la cosa aveva una serie di importanza per lui ...”. Enfatizza poi la dignità delle libere professioni, contrapponendola all’avidità dei ricchi (“... che ne sarebbe ... delle professioni artistiche, se i proprietari e capitalisti come Mister Forsyte prendessero la regola di declinare, o insomma si credessero autorizzati a declinare, la propria responsabilità per gli obblighi contratti dietro loro commissione? ...”).

Infine, conoscendo o presumendo l’amore per la bellezza e per le arti del giudice, tenta per ben due volte di catturarne l’empatia sotto questo aspetto.

In primo luogo pone in risalto il grande pregio della villa, a seguito degli interventi di ristrutturazione effettuati dal proprio cliente (“... Se Sua Signoria avesse avuto occasione di visitare ... quella casa meravigliosa, e di osservare la raffinata bellezza delle opere decorative in essa profuse dal suo cliente - un artista nella propria onorevole professione ... non avrebbe tollerato un istante di più quell’audace ... tentativo di sottrarsi ad una indiscutibile responsabilità ...”).

In secondo luogo, rivolgendo un appello che lo stesso Galsworthy stigmatizza come “forse un po’ troppo personale”, definisce il giudice come “... amico dell’arte, della quale doveva mostrarsi protettore contro quello che, a suo avviso, si poteva qualche volta ... chiamare la mano di ferro del capitale...”.

Un altro aspetto psicologico, che non si percepisce subito come tale, riguarda poi la descrizione dei due difensori.

L’avvocato Waterbuck, certamente un principe del foro (definito infatti “l’illustre Queen’s Counsel”), non fa un semplice ingresso in aula. Egli infatti effettua secondo lo scrittore una vera e propria “entrata in scena”, “... con le ali della sua toga di seta svolazzanti e una rossa faccia di persona che sapeva il fatto suo inquadrata da due piccoli favoriti scuri ...”, e con “... l’aria caratteristica dello spennatestimoni ...”.

La sua sicurezza, accentuata dalla sua capacità teatrale, viene ancora sottolineata nel momento in cui, iniziando la discussione orale, egli “... si gettò un lembo della toga dietro alle spalle e, guardandosi attorno come un uomo che scende sul terreno di lotta, si alzò e si rivolse senz’altro al giudice...”.

L’avvocato Chankery viene invece descritto molto più sommariamente come “giovane”, e oltretutto “nervoso” e “molto inquieto” per l’assenza del proprio cliente, che non può quindi interrogare, privando così il giudizio della sua versione dei fatti. L’evidente sottolineatura della superiore abilità, anche nelle apparenze, dell’avvocato Waterbuck rispetto al collega Chankery, può sembrare solo funzionale alla narrazione, perché spiegherebbe almeno in parte l’esito del giudizio.

In realtà però Galsworthy ci ricorda il condizionamento psicologico che il prestigio e l’abilità del difensore può esercitare sul Giudice. Uno cioè dei tanti pregiudizi che sono oggi oggetto di studio da parte degli psicologi giudiziari (3).

Devo peraltro evidenziare che secondo la mia opinione di giudice nella causa in esame il fattore – difensore non ha poi giocato alcun ruolo concreto nella decisione finale del Giudice (il “Presidente Bentham”).

La difesa dell’architetto Bosinney appare infatti infondata ai limiti della temerarietà, perché l’interpretazione della corrispondenza tra le parti lascia poco spazio al dubbio.

La tesi del professionista appare quindi difficilmente accoglibile anche se affidata ad un valente difensore, il quale (sembra dirci implicitamente Galsworthy, nel sottolineare la differente qualità dei due avvocati) forse non avrebbe mai assunto tale mandato.

Maliziosamente viene da pensare che lo scrittore non a caso abbia chiamato i titolari dello studio legale che ha assunto la difesa di Bosinney “Freak and Able”, cioè capace (able), ma anche e soprattutto bizzarro (freak). Merita poi di essere evidenziato nell’arringa dell’avvocato di Soames Forsyte un vero e proprio corso e ricorso storico giudiziario.

L’avvocato Waterbuck, dopo aver sottolineato la scorrettezza della controparte (“... l’architetto si è comportato in modo tale che ...”), enfatizza il carattere non economico, ma di principio della questione controversa, con la frase che ho già richiamato in precedenza (“... per puro principio, per puro principio dico ... mister Forsyte si è sentito costretto ad opporre azione legale ...”). Passano i secoli, ma i litiganti non cambiano mai.

Le solite questioni di principio ...

4. La lingua dei giuristi.

Anche lo stile del libro deve essere oggetto di attenta riflessione. Nella prefazione dell’edizione italiana del 1953 viene riportata da Vittorini una dichiarazione di Galsworthy, che costituisce una vero e proprio programma di stile.

Lo scrittore afferma infatti che al tempo dei suoi esordi letterari “... iniziai la lettura delle opere di Turgeniev e Maupassant ... da loro appresi ... ad usare con economia le parole ...”.

La parsimonia stilistica del nostro scrittore è davvero mirabile in tutta l’opera.

Galsworthy non usa mai parentesi, ed utilizza frasi raramente composte di più di 25 parole.

Si attiene così a due delle regole fondamentali della scrittura sintetica.

Quello che appare interessante è che anche la sentenza del Giudice Bentham è motivata seguendo tali regole stilistiche.

Ciò potrebbe sembrare frutto delle prestigiose influenze letterarie citate da Galsworthy. È fondato però anche il dubbio che lo scrittore abbia in realtà semplicemente registrato lo stile anglosassone di redazione delle motivazioni giudiziarie.

L’uso della prima persona singolare da parte del Giudice ne è notoriamente la miglior prova.

La coincidenza di stile tra romanzo e motivazione della sentenza costituisce innanzitutto l’unico caso noto in cui diritto e letteratura si sovrappongono formalmente.

Già questo rende importantissimo studiare Galsworthy per i cultori di diritto e letteratura.

Risulta purtroppo impossibile capire se la lettura delle sentenze, e l’analisi del loro stile da parte del Galsworthy giurista, abbia influenzato almeno in parte lo stile del Galsworthy scrittore.

L’ipotesi è però affascinante, e non del tutto indimostrabile, quantomeno per analogia in senso giuridico.

Un precedente di influenza dello stile giuridico su quello letterario esiste. Stendhal afferma infatti, in una celebre lettera a Balzac del 1840: “... mentre scrivevo la Chartreuse (la Certosa di Parma Ndr), per prendere il tono, leggevo ogni mattina due o tre pagine del codice civile, allo scopo di essere sempre naturale: non voglio affascinare l’anima del lettore con mezzi artificiosi ...”.

L’ispirazione di Stendhal è quindi normativa. E lo stile di questo scrittore è simile a quello di Galsworthy.

I loro libri, pur scritti a distanza di quasi cento anni l’uno dall’altro (1839 la Certosa, mentre i volumi della Saga sono stati pubblicati tra il 1906 ed il 1921), presentano a livello formale più analogie che differenze.

Galsworthy sembra porsi, seppure inconsapevolmente (non citando egli esplicitamente Stendhal) in quel solco di tradizione illuministica da cui deriva lo stile dello scrittore francese.

Il debito stilistico di Stendhal verso gli illuministi è stata ben evidenziato da Francesco Di Pilla, nella sua prolusione tenuta all’Università di Perugia (4).

Secondo Di Pilla, oltre alle più generali influenze della rivista “Décade philosophique”, e degli uomini di scienza che l’animarono (illuministi, chiamati “idéologues”, considerati tra i fondatori della moderna psicologia), il riferimento stilistico di Stendhal è principalmente rivolto al Montesquieu dello “Spirito delle leggi”, ed al suo francese, “... largamente giuridico, nel segno del razionalismo cartesiano ...”, contrapposto al “bello scrivere” degli autori di moda all’epoca, come De Maistre e Chauteaubriand. Il senso di libertà che tale scelta stilistica conferisce allo scrittore è stato sottolineato da Alberto Moravia, in un suo noto saggio (5).

Meriterebbe un esame più approfondito, e forse una trattazione a sé, l’analisi del rapporto tra tale libertà e la libertà intellettuale del giudice. In questa sede la novità che mi limito a segnalare è che quello di Galsworthy sarebbe il primo (ipotetico) esempio di influenza stilistica del diritto di formazione giurisprudenziale sul romanzo. Una rivincita culturale (e corporativa) non indifferente per chi è magistrato.

Il recupero stilistico di Galsworthy nella redazione delle motivazioni dei provvedimenti giurisdizionali può quindi costituire uno strumento di lotta contro le tentazioni di ricaduta nell’antilingua di cui parla Calvino, in un noto articolo apparso sul quotidiano “Il Giorno” nel 1965.

Quella lingua che il magistrato Alfonso Amatucci ha chiamato “il sottoitaliano”, “... espressione di pigrizia, piuttosto che di cultura ...” (6), e che il magistrato e scrittore Gianrico Carofiglio ha definito “... sottile, iniziativa, autoritaria forma di esercizio del potere”... perché “... crea una separazione autoritaria fra il popolo ... e la corporazione che lo produce e lo pratica ...”, la cui oscurità “è profondamente antidemocratica ...”. (7) Una lingua che ha contribuito non poco a creare e consolidare l’atteggiamento di diffidenza degli utenti nei confronti degli operatori della giustizia, e che questi ultimi devono sforzarsi attenuare.

5. “L’odore della giustizia”.

Davvero peculiare è poi l’aspetto olfattivo dell’opera.

Per ben due volte l’autore ci parla dell’odore della giustizia, ponendo attenzione sul senso dell’olfatto, che non sembra aver interessato gli altri scrittori, ma del quale i giuristi pratici invece si occupano spesso, quando devono areare le proprie stanze ed aule dopo certe udienze

Nel romanzo “Alla sbarra” il giovane Val Dartie, figlio di Montague Dartie e Winifred Forsyte, accompagna la madre all’udienza per la separazione tra i genitori (è la causa “Dartie contro Dartie” che da il titolo al capitolo VII della Parte Seconda del romanzo). In quell’occasione egli annota nel pensiero il “puzzo di rinchiuso” che avverte entrando in tribunale, che ha probabilmente un significato simbolico che trascende il dato letterale. Ben più significativa però è l’annotazione contenuta nella descrizione del processo Forsyte vs Bosinney.

L’odore dell’atrio del tribunale, dove Soames Forsyte e suo padre James attendono l’inizio del processo, viene descritto come

“... un tanfo di pozzo abbandonato che mescolandosi a quello delle gallerie formava quell’odore come di formaggio tanto caratteristico dell’amministrazione giudiziaria britannica ...”. Una rievocazione storica davvero irripetibile per la sua capacità evocativa.

6. Il giusto processo.

La modernità di Galsworthy si apprezza però al massimo in relazione al principio del giusto processo civile. La sua lezione è a questo proposito fondamentale. Tutte le cause del romanzo sono discusse oralmente e decise immediatamente, le prime due sicuramente con motivazione contestuale.

Riporto integralmente il testo della sentenza emessa dal Giudice Walter Bentham nella causa Forsyte vs Bosinney.

“... Nella presente causa i fatti non sono in discussione. Addì 15 maggio ultimo scorso il convenuto scriveva al querelante, chiedendogli di dispensarlo dal proseguire i lavori che gli aveva intrapreso per la decorazione della casa del querelante stesso, oppure di accordargli “carta bianca”. Addì 17 maggio il querelante rispondeva che gli dava sì carta bianca, ma alla condizione che il prezzo della casa, completa delle opere decorative, e compresi i già convenuti onorari per le prestazioni personali dell’architetto, non sorpassasse l’estremo limite di dodicimila sterline. Addì 18 maggio il convenuto replicava che se il querelante credeva possibile, in una materia delicata come la decorazione di una casa, impegnarsi fino all’esatta lira sterlina, si sbagliava. Per tutta risposta addì 19 maggio il querelante scriveva che egli non aveva inteso dire che se il convenuto avesse superato di dieci, di venti o magari di cinquanta sterline la cifra menzionata ne sarebbero sorte delle difficoltà, ed esortando il convenuto a ritornare sulla sua decisione, aggiungeva di accordargli *carta bianca nei termini stessi della corrispondenza*. A questa lettera del querelante il convenuto si dichiarava, addì 20 maggio, d’accordo con lui con le semplici parole: *Sta bene*.

Portando a termine le decorazioni della casa il convenuto prendeva impegni per i quali la spesa totale saliva alla somma di dodicimilaquattrocento sterline, e questi impegni il querelante li ha soddisfatti per intero.

Col presente processo che egli ha intentato il querelante cerca di riavere le trecentocinquanta sterline da lui spese in eccedenza della somma di dodicimilacinquanta sterline che il nominato querelante sostiene di aver fissato con i termini della corrispondenza in oggetto, come estremo limite accordato al convenuto. Ora io debbo decidere se il convenuto è da considerarsi o no responsabile della maggior somma di cui sopra verso il querelante. A mio giudizio, egli è responsabile. Infatti, quanto il querelante gli ha detto si può riassumere come segue: io vi dò carta bianca per eseguire questa decorazione, a condizione che la spesa totale non superi la somma di dodicimila sterline. Se voi la supererete di cinquanta sterline non ve ne terrò responsabile, ma al di là di queste ulteriori cinquanta sterline mi considero estraneo a tutti gli impegni che possiate prendere il mio nome. Da questo non risulta per me troppo ovvio che se il querelante si fosse rifiutato di soddisfare i vari impegni assunti per suo conto dal convenuto, il rifiuto sarebbe stato fondato; ma il querelante non ha agito così. Egli ha soddisfatto i vari impegni e si è rivolto contro il convenuto per rivalersi, sulla base di quanto tra loro pattuito, della maggior spesa incontrata. Secondo il mio giudizio il querelante ha pieno diritto a tale rivalsa.

Si è cercato, in difesa del convenuto, di dimostrare come nessun limite fosse stato fissato, o inteso di fissare, nei termini della corrispondenza in oggetto. Allora, io non mi spiegherei l’intromissione da parte del querelante nella corrispondenza stessa della cifra *dodicimila sterline*, e tanto meno dell’altra susseguente

cifra *cinquanta sterline*. La contestazione del convenuto non tiene conto di queste due cifre. E io, in base alla sua lettera del 20 maggio, ritengo il convenuto impegnato a una proposizione perfettamente chiara, e come tale responsabile della maggior somma spesa verso il querelante.

Autorizzo, di conseguenza, il querelante a farsi rimborsare dal convenuto la maggior spesa in questione, nonché le spese per il presente giudizio incontrate ...”.

Qualunque Giudice obietterebbe però che la velocità di decisione si può spiegare con il fatto che lo scrittore esamina cause piuttosto semplici.

Si tratta infatti di una causa contrattuale senza prove testimoniali, di una separazione e di un divorzio, e cioè di controversie non complesse in fatto ed in diritto.

Occorre però evidenziare di contro che nella separazione dei Dartie i testimoni vengono tutti ascoltati nella stessa udienza (“... cominciarono allora a sfilare dei testimoni che tutti depo-sero ...”).

Non sembra trascorrere molto tempo tra la discussione e la decisione.

Addirittura la durata della camera di consiglio del Giudice Bentham è indicata con precisione in un quarto d’ ora.

Galsworthy non evidenzia come eccezionale tale brevità, segno che la velocità nelle decisioni doveva essere normale.

Si deve considerare peraltro che tale velocità non si presenta come una ricostruzione artificiosa, ma del tutto realistica.

Ciò si ricava innanzitutto dal fatto che i ruoli dei giudici descritti nei romanzi sembrano affollati come i nostri attuali.

La causa Forsyte vs Bosinney non è infatti l’unica controversia della giornata di fronte al giudice Bentham, dato che Soames “... era stato invitato a presentarsi in tribunale per le dieci e trenta, onde poter passare a discutere la sua causa se quella precedente (riguardante una rottura di promessa matrimoniale) si fosse risolta in conciliazione, il che non avvenne...” (anche all’epoca la mediazione giudiziale incontrava problemi ...).

Sempre Soames, questa volta in attesa della fissazione dell’udienza della causa di divorzio da Irene, annota come fatto non usuale che “... le cause scomparivano una dopo l’altra dalla lista ch’era eccezionalmente esigua quell'estate ...”.

Per un Giudice tutto questo ha un preciso significato.

Il Magistrato inglese si presentava all’udienza evidentemente preparato in diritto (Bentham menziona nella discussione il precedente giurisprudenziale evocato dalla difesa Bosinney), e conoscendo già le produzioni delle parti (la loro corrispondenza). Decideva quindi la causa sulla base della “fresca impressione della discussione orale”, per usare le parole di Giuseppe Chiovenda (8). Non si comporta diversamente il Giudice Happerly Browne, che decide la separazione tra i Dartie addirittura subito dopo aver ascoltato i testimoni.

Non condivido perciò il giudizio espresso nella prefazione dell’edizione in esame da Elio Vittorini, per il quale uno dei punti qualificanti di questi romanzi sarebbe costituito dall’“interesse a studiare e rappresentare gli errori della giustizia umana”.

Tutte le decisioni appaiono infatti assunte correttamente.

7. Il rispetto per la giurisdizione.

Non mancano sicuramente descrizioni visive e sonore della giustizia umana e dei suoi protagonisti, che possono apparire come critiche, ed a tratti persino denigrazioni nei confronti di essi.

La rappresentazione dell’aula nella quale viene discussa la causa Dartie vs Dartie si sostanzia in “... una visione rapida di banchi in legno di mogano, di toghe nere di parrucche bianche, di visi, di carte, tutto in un’atmosfera di sussurri e di mistero ...”.

Il giudice Bentham viene descritto come “un omino con l’aria di pollo, un po’ curvo”.

Il giudice Brown è invece rappresentato come un “vecchio compare” (tra virgolette nell’originale), “... in toga e parrucca, dall’aria femmineamente goffa ...”, e più avanti come “il vecchio parruccone”.

Resta però di fondo l’impressione di un profondo rispetto dello scrittore nei confronti dell’esercizio della giurisdizione.

Questo a mio parere è efficacemente rappresentato dalla scena nella quale il giudice Bentham rientra in aula per la lettura della sentenza, nella descrizione che di essa viene affidata dallo scrittore al padre di Soames, James Forsyte.

In questa rappresentazione la giustizia riacquista plasticamente la sua autorevolezza, mediante l’enfatizzazione della persona del giudice, che la incarna concretamente.

Riporto in modo sostanzialmente integrale le splendide parole dello scrittore: “... di sopra la barriera di legno che lo separava dai comuni mortali, il sapiente personaggio sorse infuori. La luce elettrica che si accese proprio in quel momento dietro la sua testa cadde su di lui colorando il suo viso d’arancione, di sotto al niveo candore della parrucca; la sua toga voluminosa parve gonfiarsi, e tutta la sua persona ... irraggiar luce come la persona di un santo ... a James e gli apparve allora assai più grande e alto di quanto non lo avesse mai creduto possibile. Era la maestà della legge che lo ingrandiva; ...”.

Se si considera che l’impressione suscitata in James Forsyte dall’apparizione del giudice non è ancora fuorviata dall’esito della causa, appare evidente come Galsworthy consideri con profondo rispetto l’esercizio della giurisdizione in sé, a prescindere dal risultato processuale.

8. Conclusioni.

A questo punto si potrebbe aprire un dibattito in ordine al condizionamento sociale e culturale della giustizia dell’epoca, certamente più classista di quella odierna, e forse per questo più rispettata da soggetti appartenenti alle classi sociali elevate, come era il nostro scrittore.

Anche però considerando quanto sopra ritengo di poter affermare che tale rispetto si fondava certamente anche sull’efficienza di tale giurisdizione, che è quello che i giudici civili di oggi e di domani devono cercare di conseguire nella massima misura possibile, ovunque essi operino.

Note:

(1) A. Sansone e M. P. Mittica “Diritto e letteratura. Storia di una tradizione e stato dell’arte”, relazione tenuta nel seminario “Diritto e letteratura oggi”, tenuto a Bologna nel 2008.

(2) (S. Penasa, “La Corte di Giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di “embrione umano”: l’ultima (?) fase della “saga” Brustle, 2015).

(3) A proposito dei cosiddetti “effetti di incorniciamento” e “profili affettivi” delle decisioni v. Carlo Bona e Rino Rumiani, “Psicologia cognitiva per il diritto”, pag. 200 e 220, Bologna, 2013.

(4) “Stendhal e il codice civile”, nel volume “per Alessandro Giuliani”, 1999.

(5) Alberto Moravia, 1942 , “la Presenza e la Prosa”, cit. in A. Colasanti, introduzione al “Il disprezzo”, Milano, 2000.

(6) “La lingua dei giudici: un sottoitaliano?”, incontro di Studio del Consiglio Superiore della Magistratura, 2012.

(7) “Le parole del diritto”, in “La manomissione delle parole”, Milano, 2011.

(8) “Principii di diritto processuale civile”, Napoli, 1906.

La negoziazione assistita. Dalla pratica ad uno sguardo comparato

Carlo Alberto Calcagno

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *L’importanza delle domande.* - 2. *Scambio dei documenti.* - 3. *Uno sguardo all’Italia.* - 4. *Nascita della N.A. in Francia.* - 5. *Nuovi provvedimenti.* - 6. *Punti qualificanti dei MARD.*

1. L’importanza delle domande.

La tavola rotonda (1) a cui sono onorato di partecipare ha un taglio pratico e dunque partirò da quello.

Mi è stato richiesto quali sono le problematiche che investono l’istituto; ce ne sono innumerevoli legati alla legislazione, ma soprattutto al fatto che in primo luogo la negoziazione assistita richiede di fare chiarezza in ordine all’oggetto del contendere e gli operatori del diritto, così come le parti di un conflitto, vogliono trovare subito delle soluzioni che sono difficilmente rinvenibili, se non è stato ben definito il dato di partenza.

La composizione bonaria così come l’interpretazione e l’applicazione del diritto sono dipendenti dalla formazione del pensiero.

Il pensiero non è che un percorso neuronale che ha bisogno di alcuni passaggi logici: così come la sentenza abbisogna di logica, anche una negoziazione va condotta per gradi e partendo da alcuni elementi individuati con la logica.

La psichiatria sociale (2) ci insegna che il conflitto nasce dalla svalutazione di alcuni elementi, ossia dalla loro ignoranza; quando le parti li acquisiscono il conflitto stesso non ha il più delle volte più ragione di esistere.

In altre parole può essere utile, se si abbia a che fare con un conflitto, chiedersi che cosa sia accaduto, se ciò che è accaduto sia importante, se costituisca un problema e la sua gravità, se per il problema ci siano soluzioni in astratto, se si sia disposti a provare a trovarle ecc.

Sono tutte domande semplici, ma sono imprescindibili se si voglia pensare di negoziare e di mediare e spesso si tralasciano malauguratamente per correre verso le soluzioni.

Sotto questo punto di vista le leggi in materia di negoziazione e mediazione ignorano con il loro dettato il funzionamento della mente umana, valutando che un soggetto possa dichiararsi pronto a cambiare il suo atteggiamento conflittuale semplicemente a seguito dell’invio di una diffida a negoziare o del discorso del mediatore.

2. Scambio dei documenti.

Per iniziare a parlare dell’oggetto del contendere e quindi iniziare il percorso logico sopra descritto, è però necessario scambiarsi i documenti relativi alla lite: gli strumenti alternativi partono da qui ed è per questo motivo che nei paesi di *civil law* come la Francia e l’Italia trovano così tante resistenze.

Da noi si vuole giocare a carte coperte e questo implica che la negoziazione non venga utilizzata e che ci siano poche speranze di utilizzarla in futuro, a meno che i sistemi misti non divengano “sistema” ciascuno con le proprie caratteristiche, come si può riscontrare ad esempio in alcuni stati americani, un esempio tra tutti la California. Il che impone un cambiamento di prospettiva anche per i legali: due avvocati negoziatori non vantano diritti dei loro clienti nei confronti delle controparti, ma si limitano a chiedere quale tipo di strumento alternativo si ritiene adeguato per la risoluzione della questione comune.

3. Uno sguardo all'Italia.

Detto ciò, in merito alla negoziazione assistita nostrana, dal punto di vista giuridico, non possiedo novità di particolare rilievo. Forse perché non ha avuto un grande utilizzo nella pratica, chissà.

Gli unici provvedimenti da menzionare probabilmente riguardano:

- il riconoscimento dell'Agenzia delle Entrate dell'esenzione dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa dei trasferimenti di diritti reali avvenuti, in occasione di divorzio e separazione, tramite appunto la negoziazione assistita (3);
- il decreto ministeriale (4) con il quale il 1° aprile 2017 si è aperta una finestra di soli 10 giorni per fare domanda in merito al credito di imposta del 2016.

4. Nascita della N.A. in Francia.

E dunque mi soffermerò qui sulle notizie che provengono dalla Francia *ante Macron*.

Il motivo di un sommario sguardo comparato dipende dal fatto che da qualche anno a questa parte (circa due secoli abbondanti) la legislazione francese influisce su quella nostrana.

E a sua volta, se vogliamo dirla proprio tutta, da almeno un decennio, la legislazione francese in tema di ADR segue la cosiddetta "giustizia partecipativa" canadese.

Ne è un esempio l'istituto in esame oggi, partorito in origine (dopo un primo intervento di Carlo IX del 1563) dalla commissione Guinchard che confeziona un "aggiustamento" del diritto collaborativo appunto canadese.

Ma facciamo un passo indietro per entrare nel dettaglio.

Nel 2008 in Francia si ponevano diverse problematiche.

Il diritto di famiglia transalpino era ed è costellato da norme che invitano all'accordo (da ultimo peraltro si è introdotto anche il divorzio consensuale con atto di notaio (5)); gli accordi però frequentemente richiedevano l'ausilio di un terzo perito e le sue parcele erano molto salate; ci voleva un istituto che consentisse alle parti di dare incarichi elastici e soprattutto a prezzi contenuti. Per questioni di bilancio poi il Governo Sarkozy voleva eliminare le due giurisdizioni minori: quella di prossimità (oggi sino a 4000 € di valore) (6) ed il tribunale di Istanza (sino a 10.000 €).

Gli avvocati che prestavano assistenza presso questi fori erano chiaramente sul piede di guerra e la Ministra della Giustizia Rachida Dati decise di affidare la questione appunto alla Commissione Guinchard che "si inventava" la procedura partecipativa tramite avvocato su ispirazione, come già detto, del diritto collaborativo canadese.

Tuttavia nel diritto collaborativo l'assistenza degli avvocati si esaurisce in sede stragiudiziale: la Commissione decise invece che la nuova procedura partecipativa si estendesse anche alla fase giudiziale, per evitare che i cittadini consumassero le loro sostanze economiche in fase pre-processuale e dunque non ci fosse un accesso alla giustizia effettivo.

Si stabilì inoltre, sempre nel rapporto Guinchard (*L'ambizione motivata di una giustizia di pace* (7)), che qualsivoglia accordo dovesse passare attraverso l'omologazione del giudice (impostazione questa che è cambiata in Francia in parte soltanto nel 2017).

Nel mentre la direttiva 52/08 richiedeva agli stati dell'Unione Europea di apprestare una disciplina in materia di mediazione transfrontaliera.

Nel paese transalpino era normata all'epoca e dal 1995 la sola mediazione giudiziaria, mentre quella convenzionale (corrispondente in parte alla nostra mediazione civile e commerciale) non aveva ancora un testo di riferimento (lo avrà solo alla fine del 2011, a seguito di diffida della Commissione UE) (8).

Nel 2008 gli avvocati francesi vedevano dunque questa direttiva che richiedeva una formalizzazione come una ulteriore minaccia per i loro introiti e dunque la procedura partecipativa tramite avvocato venne portata avanti, così come era stata proposta nel rapporto Guinchard, in funzione anti-mediazione (9).

Vide un primo momento legislativo nella riforma del codice civile del 2010 (10) ed in una correlativa riforma del codice di procedura civile (11) nel 2012.

Il varo non fu entusiasmante nella pratica visto che le procedure omologate furono solo 12 in un anno.

Da noi, è storia nota, arrivò una disciplina chiamata "negoziazione assistita" nel 2014 (12), peraltro priva di una valutazione di impatto normativo, disciplina che aveva in comune con quella approntata in diversi ed interessanti progetti depositati dall'Avvocatura in Parlamento, soltanto l'articolo sull'antiriciclaggio: la disciplina italiana non è tuttavia nemmeno una lontana parente di quella transalpina che era ed è di notevole interesse anche in campo di deflazione del contenzioso.

Il legislatore francese che invece aveva varato un testo interessante, di fronte all'evidenza fattuale, ha cercato di rendere la procedura partecipativa più appetibile.

5. Nuovi provvedimenti.

Così l'11 marzo 2015 si sono introdotte nuove regole (13) che peraltro richiamano quelle tedesche del 2012 (14).

Si premette che in Francia non sussiste una condizione di procedibilità per i mezzi amichevoli: tutti gli strumenti di compromesso bonario, compresa la negoziazione diretta, sono sullo stesso piano e possono essere usati a piacimento.

Detto ciò l'art. 56 u. c. del Codice di procedura civile che disciplina il contenuto della citazione dell'attore (*assignation*) che viene comunicata da parte dell'ufficiale giudiziario al convenuto, stabilisce che "in assenza di legittima giustificazione inerente l'urgenza o la materia considerata, in particolare quando essa riguardi l'ordine pubblico, l'atto di citazione dovrà precisare ugualmente le procedure intervenute ai fini di pervenire ad una risoluzione amichevole del litigio" (15).

Anche il ricorso (*la requête ou la déclaration*; ad esempio si usa in tema di divorzio) con cui si chiede al giudice di convocare le parti, deve contenere gli stessi elementi.

Così dispone l'ultimo comma dell'art. 58 del Codice di rito: "In assenza di legittima giustificazione inerente l'urgenza o la materia considerata, in particolare quando essa riguardi l'ordine pubblico, il ricorso dovrà precisare ugualmente le procedure intervenute ai fini di pervenire ad una risoluzione amichevole del litigio" (16).

Il giudice valuta se i mezzi di composizione amichevole adottati dalle parti ed indicati in citazione o in ricorso sono stati adeguati: in caso contrario invita le parti a partecipare ad una conciliazione o ad una mediazione (17).

Ancora sempre nel 2015 si introduce una norma importante con riferimento al procedimento davanti al *Tribunal de grande instance* che ha una competenza per valore superiore ai 10.000 € ed una competenza per materia molto vasta (18); potremmo paragonarla a quella del nostro tribunale, compreso il fatto che si occupa di tutti i litigi tra le parti che non sono di competenza di altri tribunali.

In questo processo il convenuto deve nominare un avvocato entro 15 giorni dalla ricezione dell'atto di citazione (19); l'avvocato del convenuto deve informare l'attore dell'avvenuta nomina e depositarla in cancelleria (20). A questo punto, la disciplina vigente prevede che una delle parti debba depositare la citazione in cancelleria entro il termine di quattro mesi, diversamente l'atto decade.

Dal 15 marzo 2015 si è stabilita la possibilità di evitare la decadenza se le parti decidono di svolgere una *procédure participative* all'interno del termine di quattro mesi; in tal caso tale termine viene sospeso sino alla estinzione della procedura (21).

Veniamo ora al 2016-17 con due nuove discipline:

la legge di modernizzazione della giustizia civile del 21° secolo pubblicata a novembre del 2016 (22) che ha modificato, ai nostri fini, il codice civile.

Il decreto del 6 maggio 2017 (23) con cui è stato modificato il codice di procedura civile (24).

Non mi soffermo sull'impiego originario dell'istituto francese se non per mettere in luce le modifiche che con la legge sulla modernizzazione (1547-2016) potrebbero essere un domani anche da noi, se dovesse continuare l'opera di "imitazione".

In primo luogo la legge prevede che la negoziazione assistita non sia relegata più al momento anteriore al giudizio, ma si possa utilizzare anche in corso di causa.

Viene ritoccata la stessa definizione di convenzione di procedura partecipativa stabilendo che "una convenzione è un accordo con il quale le parti di una controversia decidono di lavorare congiuntamente e in buona fede per la risoluzione amichevole della controversia o per il *pre-trial* (*mise en état*) (25)".

Parimenti il codice di rito prevede dall'11 maggio 2017 (Décret n°2017-892 du 6 mai 2017) che la procedura partecipativa possa essere una componente del cosiddetto *pre-trial* (26).

L'art. 2063 c.c. vede ancora aggiunto una quarto comma in cui si prevede che nella convenzione gli avvocati possano stabilire con controfirma che vengano compiuti determinati atti, secondo un modello predisposto con decreto da Consiglio di Stato (27).

L'art. 1546-3 c.p.c. stabilisce che gli atti da controfirmarsi possono riguardare:

- la constatazione di fatti che non erano originariamente presenti in convenzione;
- la determinazione di punti di diritto a cui intendono limitare il dibattito, in quanto si riferiscono a diritti liberamente disponibili;
- un accordo sulle modalità di comunicazione dei loro scritti;
- la nomina di un tecnico;
- la designazione di un conciliatore o di un mediatore (28).

L'art. 1544 c.p.c. precisa che la fase di *pre-trial* così come la ricerca di un accordo, deve veder operare gli avvocati e le parti congiuntamente (29).

Il giudice dispone la cancellazione della causa dal ruolo quando le parti lo informano della conclusione di un accordo di processo partecipativo (art. 1546-1 (30).

Un'ultima novità introdotta dalla legge sul nostro tema riguarda il processo di lavoro che non va esente dal previo tentativo di mediazione se le parti non rinvengono un accordo in negoziazione assistita (art. 2066 c. 3) (31). Questa è una deroga per materia voluta strenuamente dal personale giudiziario del Tribunale del Lavoro: in tutte le altre invece il fallimento della negoziazione assistita determina la non necessità di sperimentare un modo di componimento ancorché obbligatorio; di fatto dunque anche una clausola pattizia viene superata dal fallimento della negoziazione e le parti si possono rivolgere direttamente al giudice.

6. Punti qualificanti dei MARD.

Concludo questa breve disamina indicando alcuni altri punti qualificanti della riforma che riguardano gli strumenti alternativi al processo (in Francia MARD (32)).

In primo luogo si istituisce un servizio giudiziario di accoglienza del cittadino unico per tutte le giurisdizioni che informa il cittadino sulle controversie e riceve i loro atti in merito (art. 123 c. 3 Codice di organizzazione giudiziaria).

La norma è ispirata dall'analogo ufficio che in Canada si trova presso ogni Tribunale.

Qui si sottopone al cittadino un modulo ove gli si chiede di esprimersi su alcune questioni fondamentali del tipo: hai un avvocato? Se non ce l'hai vai a chiamarne uno perché possa rispondere con te a questo modulo; sai che esistono gli adr? Il processo ti causa stress psicologico? Sei informato sui tempi e modi processuali? Hai il denaro necessario per un processo?

L'intento deflativo è palese. In Canada l'accesso al processo non è più alla portata della tasca di tutti.

Anche in Francia si stabilisce in questo senso che davanti al tribunale distrettuale (art. 4 legge di modernizzazione) sia previsto un tentativo di conciliazione a pena di irricevibilità; a meno che:

- le parti non richiedano l'omologazione di un accordo,
- le parti provino di aver intrapreso altra procedura intrapresa per raggiungere una composizione amichevole della controversia,
- ci sia un motivo legittimo per non ricorrere a conciliazione (33).

La strada della irricevibilità è stata aperta da una sentenza della Corte dei Diritti dell'Uomo del 2015 (34) che ha sentenziato che un tentativo di composizione bonaria previsto dalla legislazione appunto a pena di irricevibilità non è contrario all'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo.

Si introduce ancora la mediazione nel processo amministrativo: nel processo celebrato davanti al Consiglio di Stato il giudice, ottenuto il consenso, può invitare le parti alla mediazione (art. 114-1 Codice di giustizia amministrativa) (35) che può riguardare solo diritti disponibili (art. 213-3) e l'accordo (su diritti disponibili) può essere omologato e dotato di forza esecutiva dal giudice (art. 213- 4).

Le parti possono nominare un mediatore anche a prescindere dal giudizio e prima di porre in essere un giudizio amministrativo. La richiesta di mediazione interrompe il decorso della prescrizione. La prescrizione decorre per almeno 6 mesi dalla conclusione della mediazione.

La mediazione in tal caso può essere chiesta al presidente del tribunale o alla corte d'appello amministrativa; il presidente può delegare un altro giudice o tenerla in proprio (36). Essi possono delegare anche dei mediatori esterni al tribunale di cui fissano il compenso. Se la mediazione costituisce condizione di procedibilità per alcuna legge, è gratuita per le parti (37).

Il caso riguarda i dipendenti pubblici che vogliono iniziare cause di lavoro: per un periodo sperimentale di quattro anni dovranno effettuare un tentativo preliminare di mediazione (38). Altro caso di mediazione preventiva obbligatoria, e qui concludo, riguarda la famiglia (39).

A titolo sperimentale e per tre anni ogni richiesta di modifica delle decisioni del giudice o degli accordi nascenti da una convenzione che riguardino l'esercizio di potestà dei genitori, il contributo per il mantenimento e l'educazione dei figli, deve essere preceduta da un tentativo preventivo di mediazione a pena di irricevibilità della domanda.

Ci sono solo tre eccezioni:

se vi è richiesta congiunta di omologazione di una convenzione; se c'è un motivo legittimo per non celebrare la mediazione; se sono commesse violenze da un genitore verso l'altro o nei confronti dei figli.

Note:

(1) Relazione tenuta in Genova presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati il 12 giugno 2017 al convegno "Giornata di studi in ricordo di Giuseppe Borré La giustizia partecipata: conflitti, mediazione, composizione".

(2) Una sommaria bibliografia in merito può essere forse di qualche utilità. Maria Saccà, Accarezza(mi). La mamma non ha sempre ragione, Franco Angeli. Ian Stewart-Vann Joines, L'analisi transazionale, Garzanti, 1997. Ian Stewart-Vann Joines, Adattamenti di personalità, Felici Editori, 2014. Michele Novellino-Carlo Moiso, Stati dell'Io, Astrolabio. S. Brown, L'analisi transazionale e la psicopatologia delle comunicazioni. Sabrina Damanti, I giochi dell'analisi transazionale, Xenia. Fabio Ricardi, L'analisi transazionale, Xenia.

Eric Berne:

- A che gioco giochiamo? Bompiani.
- Analisi transazionale e psicoterapia, Astrolabio.
- Intuizioni e stati dell'io, Astrolabio.
- Ciao... E poi? Bompiani.
- Fare l'amore.

(3) Risoluzione n. 65/E dell'Agenzia delle Entrate: Esenzioni per il trasferimento di diritti reali in seguito a negoziazione assistita; cfr. <https://mediaresenzaconfini.org/2015/07/17/risoluzione-n-65e-dellagenzia-delle-entrate-esenzioni-per-il-trasferimento-di-diritti-reali-in-seguito-a-negoziazione-assistita/>

Il riferimento è l'articolo 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74 disponente che "tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli artt. 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa".

La risoluzione citata prevede che "Data la parificazione degli effetti dell'accordo concluso a seguito di convenzione di negoziazione assistita di cui al citato articolo 6 del decreto legge n. 132 del 2014 ai provvedimenti giudiziari di separazione e di divorzio, deve ritenersi applicabile anche a detto accordo l'esenzione disposta dall'articolo 19 della legge n. 74 del 1987, sempreché dal testo dell'accordo medesimo, la cui regolarità è stata vagliata dal Procuratore della Repubblica, emerge che le disposizioni patrimoniali, contenute nello stesso, siano funzionali e indispensabili ai fini della risoluzione della crisi coniugale".

(4) Decreto 30 marzo 2017 Modifiche al decreto 23 dicembre 2015 recente incentivi fiscali nella forma del «credito d'imposta» nei procedimenti di negoziazione assistita. (17A02479) (GU Serie Generale n.77 del 1-4-2017).

(5) Dal primo gennaio 2017 i coniugi possono separarsi senza passare più davanti a un giudice. La riforma lanciata dal governo socialista prevede infatti che per le separazioni consensuali, che rappresentano poco più di metà (54%) del totale, si potrà andare semplicemente da un notaio, evitando udienze in tribunale. I coniugi dovranno prima avviare le pratiche dagli avvocati, decidendo insieme i diversi aspetti (separazione dei beni, eventuali accordi su alimenti e cura dei figli). Una volta trovata l'intesa, l'atto sarà inviato al notaio con un tempo di riflessione fissato in un massimo di 15 giorni entro il quale uno dei due coniugi può ridiscutere le condizioni. Al termine di questo periodo sarà dichiarato il divorzio "express" o "à la carte" come dicono i promotori della riforma.

(6) Dal 1° luglio 2017 non esisterà più grazie all'art. 15 della legge di modernizzazione della giustizia civile del 21° secolo.

V. – Les II et III du présent article entrent en vigueur le 1er juillet 2017. A cette date, en matière civile, les procédures en cours devant les juridictions de proximité sont transférées en l'état au tribunal d'instance. Les convocations et assignations données aux parties peuvent être délivrées avant cette date pour une comparution postérieure à cette date devant le tribunal d'instance.

(7) <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000392/>

(8) Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024804839&dateTexte=&categorieLien=id>.

(9) Nel mentre venne considerata insufficiente dalla Comunità Europea

la norma transalpina approntata in tema di prescrizione sempre nel 2008.

(10) LOI n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires in https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=A328283FE7EC389BBE3F9A-22363FC889.tpdila14v_3?cidTexte=JORFTEXT000023273986-&idArticle=LEGIARTI000023274858&dateTexte=20101224.

(11) Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends in https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5F7269EDB4CA5F6142C4B6A26E107B4A.tpdjo05v_2?cidTexte=LEGITEXT000025180957&dateTexte=20120122&categorieLien=cid#LEGITEXT000025180957.

(12) LEGGE 10 novembre 2014, n. 162 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile. (14G00175) (GU Serie Generale n.261 del 10-11-2014 – Suppl. Ordinario n. 84) note: Entrata in vigore del provvedimento: 11/11/2014.

(13) Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends. Cfr. https://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=C05B77B80CD1EB18D6A1B2130B065D9B.tpdila07v_3?cidTexte=JORFTEXT000030348201&dateTexte=29990101. Cfr. <https://mediaresenzaconfini.org/2015/03/19/la-francia-modifica-la-disciplina-degli-strumenti-alternativi-il-giudizio-diventa-sempre-piu-una-extrema-ratio/>. Alcune novità riguardano anche la conciliazione: di fronte alle giurisdizioni minori l'attore non può più opporsi alla delega della conciliazione da parte del giudice al conciliatore di giustizia. La nomina di un conciliatore di giustizia da parte del tribunale di commercio e da parte del tribunal paritaire de baux ruraux non abbisogna più del consenso delle parti.

(14) Il legislatore tedesco con la legge sulla mediazione ha a suo tempo modificato il § 253 comma (3) ZPO (Codice di procedura civile) prevedendo che la domanda di introduzione di una causa civile debba contenere "una dichiarazione che indichi se, prima del deposito del ricorso, abbia avuto luogo una mediazione od altro processo di risoluzione dei conflitti extra-giudiziale, nonché una dichiarazione relativa al fatto che sussistano motivi che ostacolino una definizione bonaria". Parimenti la legge tedesca sulla procedura in materia familiare e di giurisdizione volontaria (17 Dicembre 2008; FamFG) ha subito dal 2012 delle modifiche al fine di regolare in modo sempre più efficace e compiuto il settore. Si prevede in primo luogo che nei casi appropriati, la domanda dovrebbe contenere una dichiarazione che indichi se, prima del deposito del ricorso, abbia avuto luogo una mediazione od altro processo di risoluzione dei conflitti extra-giudiziale, nonché una dichiarazione relativa al fatto che sussistano motivi che ostacolino una definizione bonaria[6]. Tale formulazione è simile a quella che è stata recentemente introdotta nel codice di procedura civile (§ 253 c. 3 ZPO), ma aggiunge l'inciso "nei casi appropriati", perché ci sono giustamente situazioni in cui la mediazione non costituisce strumento adeguato a risolvere il conflitto. In particolare, ai sensi del § 36 FamFG – siamo nel procedimento di primo grado in materia familiare – le parti possono raggiungere un accordo su diritti disponibili, ed anche il giudice è tenuto a perseguire la via del tentativo di componimento bonario, salvo il rispetto della legge sulla protezione dalla violenza.

(15) Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

(16) Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige...

(17) S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et con-

formément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.

(18) Condizione delle persone (stato civile, affiliazione, cambio di nome, la nazionalità); famiglia (matrimonio, divorzio, i diritti dei genitori, l'adozione, gli alimenti, l'eredità, ecc ...), diritti immobiliari, brevetti e diritto dei marchi; azioni possessorie.

(19) Art. 755. Le défendeur est tenu de constituer avocat dans le délai de quinze jours, à compter de l'assignation.

(20) Art. 756. Dès qu'il est constitué, l'avocat du défendeur en informe celui du demandeur ; copie de l'acte de constitution est remise au greffe.

(21) Art. 757. Le tribunal est saisi, à la diligence de l'une ou l'autre partie, par la remise au greffe d'une copie de l'assignation.

Cette remise doit être faite dans les quatre mois de l'assignation, faute de quoi celle-ci sera caduque, à moins qu'une convention de procédure participative ne soit conclue avant l'expiration de ce délai. Dans ce cas, le délai de quatre mois est suspendu jusqu'à l'extinction de la procédure conventionnelle.

La caducité est constatée d'office par ordonnance du président ou du juge saisi de l'affaire.

A défaut de remise, requête peut être présentée au président en vue de faire constater la caducité.

(22) LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle

(23) Entrato in vigore l'11 di maggio 2017

(24) Décret n°2017-892 du 6 mai 2017.

(25) Art. 2062 c. 1 c.c. novellato. La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige.

(26) Art. 1543 c. 2 cpc. Elle peut aussi se dérouler dans le cadre de l'instance, aux fins de mise en état.

(27) A convention de procédure participative est, à peine de nullité, contenue dans un écrit qui précise : (omissis) 4° Le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

(28) Article 1546-3. Par actes contresignés par avocats précisés dans la convention de procédure participative, les parties peuvent notamment : 1° Constater les faits qui ne l'auraient pas été dans la convention; 2° Déterminer les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, dès lors qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition; 3° Convenir des modalités de communication de leurs écritures; 4° Recourir à un technicien; 5° Désigner un conciliateur de justice ou un médiateur.

(29) Les parties, assistées de leurs avocats, œuvrent conjointement, dans les conditions fixées par convention, à un accord mettant un terme au différend qui les oppose ou à la mise en état de leur litige.

(30) Article 1546-1.

Le juge ordonne le retrait du rôle lorsque les parties l'informent de la conclusion d'une convention de procédure participative.

(31) Les parties qui, au terme de la convention de procédure participative, parviennent à un accord réglant en tout ou partie leur différend peuvent soumettre cet accord à l'homologation du juge.

Lorsque, faute de parvenir à un accord au terme de la convention conclue avant la saisine d'un juge, les parties soumettent leur litige au juge, elles sont dispensées de la conciliation ou de la médiation préalable le cas échéant prévu.

Le deuxième alinéa n'est pas applicable aux litiges en matière prud'homale.

(32) Models amiables de résolution des différends.

(33) A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf : 1o Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord; 2o Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de par-

venir à une résolution amiable de leur litige; 3o Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime.

(34) Case of Mom Ilovi v. Croatia <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152990>

(35) Art. L. 114-1. – Lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci selon les modalités prévues au chapitre III du titre Ier du livre II.

(36) Ipotesi questa che richiama l'antica disciplina varata da Carlo IX nel 1563 con la costituzione dei Tribunali di Commercio.

(37) Art 5 LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle

Médiation à l'initiative des parties «Art. L. 213-5. – Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées.

«Elles peuvent également, en dehors de toute procédure juridictionnelle, demander au président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel territorialement compétent d'organiser une mission de médiation et de désigner la ou les personnes qui en sont chargées, ou lui demander de désigner la ou les personnes qui sont chargées d'une mission de médiation qu'elles ont elles-mêmes organisée. «Le président de la juridiction peut déléguer sa compétence à un magistrat de la juridiction. «Lorsque le président de la juridiction ou son délégué est chargé d'organiser la médiation et qu'il choisit de la confier à une personne extérieure à la juridiction, il détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci. «Les décisions prises par le président de la juridiction ou son délégué en application du présent article ne sont pas susceptibles de recours. «Lorsqu'elle constitue un préalable obligatoire au recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire, la médiation présente un caractère gratuit pour les parties. «Art. L. 213-6. – Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation. «Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.

(38) A titre expérimental et pour une durée de quatre ans à compter de la promulgation de la présente loi, les recours contentieux formés par certains agents soumis aux dispositions de la loi no 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle et les requêtes relatives aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi peuvent faire l'objet d'une médiation préalable obligatoire, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

(39) Article 7. A titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la promulgation de la présente loi, dans les tribunaux de grande instance désignés par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, les dispositions suivantes sont applicables, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil. Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. A peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf : 1) Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil; 2) Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime; 3) Si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant.

Recensioni

LAURA MOSCATI

Alessandro Manzoni "avvocato".

La causa contro Le Monnier e le origini del diritto d'autore in Italia

Collana di Storia dell'Avvocatura, Il Mulino, Bologna
pp. 458, € 38

Se si dovesse immaginare l'opinione che Alessandro Manzoni aveva dell'Avvocatura traendone spunto dal personaggio dell'Azzeccacarbugli, al quale Renzo si era rivolto per avere un parere sul voto di don Rodrigo al suo matrimonio, si dovrebbe concludere per un giudizio morale assai negativo condito dal disprezzo e dalla derisione. Ma quella era l'opinione corrente sugli avvocati nel Seicento: basta leggere le pagine di Tommaso Garzoni, che descrivono l'avvocato come traditore del cliente, cuore di pietra, avido di danaro, del tutto inaffidabile, poco competente nella sua professione. Al contrario – come risulta sia dalle lettere, sia da questa vicenda processuale rivisitata magistralmente da Laura Moscati, professore di Storia del diritto alla Sapienza – ci si deve convincere del contrario. Manzoni era laureato in Giurisprudenza, e diversi giuristi nel corso degli anni si sono dedicati a sottolineare le sottigliezze giuridiche che emergono dalle pagine dei *Promessi sposi*, e, ancor più esplicitamente, nella descrizione dello stato della giustizia dipinto nella *Storia della colonna infame*. Non sappiamo se Manzoni abbia mai svolto la professione forense; certo è che, all'occasione, poteva dimostrare di essere un eccellente avvocato, il quale teneva in gran conto la vera professionalità dei colleghi e degli stessi avversari.

Con tono lieve e con notevole acume Laura Moscati narra la vicenda giudiziaria che coinvolge proprio Manzoni, autore, e Felice Le Monnier, l'editore di Firenze. Questi aveva dato alle stampe migliaia di copie del romanzo (nella sua prima versione) senza l'autorizzazione dell'autore e ovviamente privandolo di ogni retribuzione. Il gioco – anzi, il reato – era ben congegnato. Nel Granducato di Toscana vigeva sì la disciplina del diritto d'autore perché il Granduca aveva aderito, unico Stato italiano, alla Convenzione sulla protezione del diritto d'autore conclusa tra il Regno di Sardegna e l'Impero austriaco: si trattava di una novità, sia per il tipo di tutela (diritto di proprietà intellettuale) sia per l'oggetto della disciplina (una proprietà non tangibile derivante dall'ingegno). Solo successivamente, con la Convenzione internazionale di Berna del 1886 – ispirata, si dice, da Victor Hugo – la materia avrebbe ricevuto una più sistematica regolamentazione; tuttavia l'adesione del Granducato avrebbe impedito a Le Monnier di pubblicare il libro liberamente. Ma l'adesione era avvenuta nel 1840, la prima versione dell'opera era anteriore a quella data. Di qui il dilemma: la protezione del diritto d'autore si poteva estendere retroattivamente anche alle opere pubblicate anteriormente al-

l'adesione o valeva solo per il futuro? Le Monnier e i suoi avvocati propendevano per quest'ultima interpretazione, Manzoni per la tesi opposta. Ne nasce una controversia, che, instaurata nel 1845, si trascina per anni, vedendo tuttavia Manzoni vittorioso in tutti i gradi.

La causa diventa lo strumento per dare fondamento giuridico al diritto d'autore: sia nelle difese, sia nei pareri, sia nelle sentenze di rinvengono tutti gli argomenti che bilanciano i diritti dell'autore con i diritti dell'editore, riconoscendosi comunque al primo un giusto profitto. Scavando negli Archivi di Stato, Laura Moscati riesce a ricostruire documentalmente l'intero processo. Alessandro Manzoni segue punto per punto le schermaglie delle difese insieme ai suoi avvocati. Dagli atti emerge anche la lettera che l'Autore invia al difensore della controparte, un professore e avvocato di Genova, Gerolamo Boccardo, che, per gli stringenti argomenti, si era mostrato un pericoloso avversario. La lettera (riportata alle pp. 226 ss) ha un tono molto garbato ed è vergata con eleganza: Manzoni fa valere la sua competenza nella materia, oltre che il taglio professionale, perché tratta del diritto d'autore nel pensiero filosofico e nel diritto comparato, illustrando sia le leggi vigenti in allora nei diversi Stati europei, sia le pronunce dei tribunali su casi analoghi, dimostrando come la ristampa di opere senza l'autorizzazione si

Sì che, prendendo spunto dalla controversia, si può capire come sia nato il diritto d'autore in Europa, e come si ragionasse nell'Ottocento, con fini argomenti, negli atti processuali da parte degli avvocati e nelle sentenze da parte dei giudici. Nonostante l'impegno e la profusione di sapere, Manzoni non trasse grande vantaggio dalla vittoria: Le Monnier, pervicacemente avverso ancorché perdente, cerca di trar comunque vantaggio dalla sua professione, offre soluzioni transattive, e Manzoni, forse stancatosi della vicenda, finisce per accettare la somma negoziata dagli intermediari.

Ma la storia del diritto d'autore non finisce qui. Dopo l'unità d'Italia, dovendosi assicurare all'intero Regno una disciplina uniforme della materia, si torna a regolare il diritto d'autore, e Manzoni, ancorché anziano e di salute malferma, accetta di presiedere la Commissione legislativa a cui è assegnato il compito di redigere il testo normativo.

Nel prosieguo, il diritto d'autore acquista una dimensione internazionale, l'aspetto proprietario si trasforma in un diritto soggettivo che ha sia contenuto patrimoniale sia contenuto morale. La Convenzione di Berna è modificata a varie riprese (Berlino (1908), Roma (1928), Bruxelles (1948), Stoccolma (1967) e Parigi (1971)). Ed ora si discute sulla applicazione della disciplina alle nuove tecnologie, ma anche, da un punto di vista più ampio, filosofico e sociale, sulla "proprietà collettiva" delle opere dell'ingegno. Prima di Victor Hugo, dunque, Alessandro Manzoni, al tempo stesso vittima e testimone di un sopruso, si trasforma in avvocato (di se stesso) e in legislatore.

Guido Alpa

IDA CARACCIOLLO, FRANCESCA GRAZIANI

Il caso dell'Enrica Lexie alla luce del diritto internazionale

Editoriale Scientifica, 2013, pp. 387

Il volume analizza approfonditamente la vicenda della petroliera privata e battente bandiera italiana *Enrica Lexie* al largo della costa del Kerala il 15 febbraio 2012. La nave era in viaggio verso l'Egitto e aveva a bordo 34 persone, tra cui sei militari del Reggimento "San Marco" (i cosiddetti "fanti di marina" di stanza a Brindisi), col compito di proteggere l'imbarcazione dagli assalti dei pirati. La nave avrebbe infatti dovuto percorrere una rotta passante per acque somale, dove il pericolo della pirateria è concreto e pertanto il "San Marco" ha tra i suoi compiti quello di difendere anche i mercantili italiani in queste condizioni. Intorno alle 16:30 locali, due militari italiani, Massimiliano Latorre e Salvatore Girone (volgarmente chiamati "marò", ma il termine più corretto sarebbe "sottufficiali" o nello specifico "fucilieri"), hanno sparato dalla petroliera ed ucciso due civili indiani che navigavano su un peschereccio poco distante: Ajesh Pinky (25 anni) e Selestian Valentine (45 anni). Il peschereccio indiano *St. Antony* aveva a bordo poche persone (ma sufficienti ad un atto di pirateria medio) ed era a 300 metri dalla nave italiana quando è stato colpito. Spiega in una nota la Marina Militare Italiana: «*L'equipaggio ci ha riferito che l'atteggiamento del peschereccio era stato giudicato chiaramente ostile, tipico dei pirati. Le modalità di avvicinamento erano le stesse già seguite in operazione di abbordaggio, caratteristiche di quei mari. Un esempio su tutti: non hanno risposto ai segnali di avvertimento.*». Sono state fatte delle dichiarazioni secondo cui i due pescatori indiani non sono stati uccisi dai due marò, ma dalle forze di sicurezza di un'altra petroliera che si trovava nello stesso luogo. Ci sono anche questioni attinenti l'esatta locazione dove è avvenuto l'incidente, se si è consumato nella acque internazionali oppure nelle acque territoriali dell'India. Dopo l'incidente, le autorità indiane non hanno esitato a fermare la petroliera *Enrica Lexie*, convincendola ad entrare nel porto di Kochi, dove hanno proceduto al fermo dei due marò per interrogarli e, dopo aver valutato le responsabilità su chi ha sparato, accusarli del reato di omicidio. Le autorità italiane, a loro volta, hanno posto in risalto il fatto che l'India non aveva alcuna giurisdizione in merito all'accaduto e, quindi, che solo l'Italia aveva la esclusiva giurisdizione sui propri organi ufficiali che operavano per la sicurezza dell'*Enrica Lexie*, e questo in base ad un principio generale storicamente e comunemente riconosciuto dall'ordinamento internazionale (1) - e, da ultimo, sancito nell'articolo 87 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (2) - secondo cui nelle acque internazionali lo Stato della bandiera (3) è il solo soggetto normalmente legittimato ad esercitare poteri coercitivi nei confronti delle navi iscritte nei propri registri. Le autorità indiane facevano presente alle autorità italiane che spettava a loro l'esercizio della giurisdizione, in base al loro ordinamento interno. Il luogo dove è avvenuto l'incidente costituisce il punto cruciale per comprendere la natura della controversia tra i due soggetti di diritto internazionale. A parere delle autorità italiane, visto che la petroliera *Enrica Lexie* si trovava in alto mare al momento dell'accaduto, le Corti indiane non erano competenti nel giudicare i due marò, secondo il diritto internazionale. Questa disputa tra i due Stati opera su alcuni differenti punti: il

primo, se l'esercizio di giurisdizione da parte dell'India viene inibito dalle rilevanti norme di diritto internazionale generale; il secondo, se l'inseguimento e il fermo della *Enrica Lexie* in acque internazionali era ammissibile; e, il terzo, se questo priva i tribunali interni indiani ad applicare la loro giurisdizione. Il primo punto può essere risolto dando uno sguardo alle fonti standard del diritto internazionale generale come, a titolo di esempio, i trattati e la consuetudine. Classicamente lo *jus cogens* o, meglio, il diritto internazionale consuetudinario disciplina l'esercizio della giurisdizione secondo cui ciascuno Stato potrebbe esercitarla in ogni momento, tranne dove si presenta una norma che la vieta (4). Su questo aspetto si espresse già la Corte Permanente di Giustizia Internazionale (CPJI), prima della nuova Corte Internazionale di Giustizia, la quale affrontò un simile caso nel 1927 (5), sottolineando che lo Stato nazionale della nave, dove ci furono anche dei morti, aveva tutto il diritto di esercitare la giurisdizione perché il reato si consumò sul territorio di quello Stato, visto che la nave era, in un certo senso, considerato lembo territoriale.

Questo principio trova la sua recente espressione nello *jus cogens* noto come il principio del fine territoriale. Gli altri principi del territorio sono quello soggettivo, quello della nazionalità attiva, della personalità passiva, dell'universalità, della protezione e, possibilmente, quelli degli effetti dottrinali. Gli Stati, pertanto, sono liberi di limitare l'esercizio della propria giurisdizione fatti salvi, ovviamente, gli accordi internazionali siglati. Gran parte degli Stati, che costituiscono la vita della società internazionale, dopo la decisione della Corte Permanente di Giustizia Internazionale inerente l'affare *Lotus* tra Francia e Turchia del 1927, si sono riuniti a Montego Bay nel 1982 per dar vita alla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, firmandola ed invertendo la decisione dell'affare *Lotus*. Si menziona il fatto che sia il governo italiano che quello indiano hanno ratificato e firmato questo trattato del 1982, per cui sono a tutti gli effetti vincolati ad esso. L'articolo 97 paragrafo 1 della Convenzione di Montego Bay sul Diritto del Mare enuncia che in caso di abbordo o di qualunque altro incidente di navigazione nell'alto mare, che implichi la responsabilità penale o disciplinare del comandante della nave ovvero di qualunque altro membro dell'equipaggio, non possono essere intraprese azioni penali o disciplinari contro tali persone, se non da parte delle autorità giurisdizionali o amministrative dello Stato di bandiera o dello Stato di cui tali persone hanno la cittadinanza. Questo articolo va applicato esclusivamente ai casi di collisione ed incidenti di navigazione nelle acque internazionali, ad esclusione di altri eventuali casi. La Convenzione di Montego Bay sul Diritto del Mare inibisce l'esercizio di giurisdizione su atti che cagionano una collisione che avviene su un'altra nave battente bandiera di un altro Stato, fondandosi, pertanto, sul principio oggettivo territoriale. La norma generale inerente la giurisdizione in acque internazionali è sancita nell'articolo 92, secondo cui le navi battono la bandiera di un solo Stato e, salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente Convenzione, nell'alto mare sono sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva. Purtroppo, questa norma non specifica in modo netto la giurisdizione penale su atti che avvengono su una nave e si concludono su di un'altra nave. Essa fa riferimento soltanto alla giurisdizione sulle navi e si riferisce, in larga misura, all'autorità di fermare la nave nelle acque internazionali e di condurre l'attività di polizia giudiziaria a bordo. Sempre l'articolo 92 può essere letto per

comprendere l'esclusione della applicazione all'approccio dell'obiettivo territoriale della giurisdizione, facendo riferimento ai casi eccezionali. Il problema di quest'approccio sta nel fatto che, secondo la teoria oggettiva, lo Stato nazionale della nave, dove è stato commesso il crimine, non esercita la giurisdizione sulla nave in cui il crimine ha avuto il suo inizio. L'India ha sempre ritenuto di dover esercitare il proprio diritto di considerare crimini quelle attività che si manifestano o si sono manifestati, se pur parzialmente, sul suo territorio (6). Il contenuto della norma, presente nell'articolo 92, indica come prevenire gli Stati dall'esercizio della giurisdizione su eventi che accadono a bordo di una nave in acque internazionali e che batte la bandiera di un altro Stato. In aggiunta, va sottolineato che la norma, di cui all'articolo 97, inerente la collisione, sarebbe superflua, se l'articolo 92 (7) fosse da interpretarsi come esclusione della competenza giurisdizionale in tutti i casi, dove il reato viene commesso a bordo di un'altra nave. Gli estensori della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare non tennero in considerazione o, meglio, esclusero la giurisdizione solamente nei casi di collisione ed incidenti di navigazione, asserendo, in conclusione, che in altri casi la giurisdizione è consentita. Estendere la giurisdizione indiana su reati che vengono commessi su navi che battono bandiera indiana, è conforme con l'attuale prassi giurisdizionale riguardanti i reati che hanno il loro inizio nel territorio di uno Stato, e sono commessi o parzialmente compiuti nel territorio di un altro Stato. Le Corti indiane, andrebbero intese, come aventi la giurisdizione sui due marò basata sulla mancanza di ogni esplicita inibizione della Convenzione di Montego Bay del 1982 sull'esercizio del principio dell'obiettivo territoriale ed il fatto che la prassi giurisdizionale attuale di solito sostiene l'esistenza di alcune giurisdizioni in determinati casi. Competente a prescrivere comportamenti è, ovviamente, una questione separata dal se perseguire o meno la petroliera *Enrica Lexie* in acque internazionali, ed era consentito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare. Questo secondo problema concerne l'autorità di uno Stato di trattenere una nave in acque internazionali. L'articolo 111 paragrafo 1 della Convenzione di Montego Bay del 1982 enuncia che è consentito l'inseguimento di una nave straniera quando le competenti autorità dello Stato costiero abbiano fondati motivi di ritenerne che essa abbia violato le leggi e i regolamenti dello Stato stesso. L'inseguimento deve iniziare quando la nave straniera o una delle sue lance si trova nelle acque interne, nelle acque arcipelagiche, nel mare territoriale, oppure nella zona contigua dello Stato che mette in atto l'inseguimento, e può continuare oltre il mare territoriale o la zona contigua solo se non è interrotto. L'esatta locazione della petroliera italiana *Enrica Lexie*, al momento dell'inseguimento iniziato - se al di là del mare territoriale -, può essere considerato come un violare i diritti nella zona dell'alto mare, in cui la nave italiana si trovava in quel momento. Nonostante tutto, alcune cose possono essere evidenziate con certezza. Le autorità indiane non avevano alcun diritto di inseguire la nave *Enrica Lexie*, visto che i presunti atti di omicidio sono avvenuti oltre il loro mare territoriale e, quindi, in aree non soggette alla sovranità dello Stato indiano. Contrariamente, a parere di chi scrive, esse avevano pienamente il diritto e l'autorità di fermare la nave battente bandiera italiana, solamente se l'incidente fosse accaduto nelle loro acque territoriali. A maggior ragione, visto che la nave italiana era stata trattenuta in modo inappropriato nel porto di Kochi per alcuni mesi - il suo rilascio è avvenuto agli inizi del mese di

maggio -, le autorità indiane sono in dovere nel risarcirla per ogni perdita giornaliera. Ciò è sancito proprio nel paragrafo 8 dell'articolo 111, sempre della Convenzione di Montego Bay del 1982, secondo cui una nave che abbia ricevuto l'ordine di fermarsi o sia stata sottoposta al fermo fuori dal mare territoriale in circostanze che non giustificano l'esercizio del diritto di inseguimento verrà indennizzata di ogni eventuale perdita o danno conseguente a tali misure. Ma questo non ha ancora risolto il problema della giurisdizione indiana circa la detenzione dei due fucilieri della marina militare, che sono tuttora, anche se in parte liberi, in attesa della decisione dell'alta Corte indiana per il loro via dal territorio indiano. L'ultima problematica concerne la questione inerente i tribunali indiani se sono autorizzati ovvero abbiano titolo (8) a processare i due marò - o fucilieri della marina militare italiana - per l'accusa di omicidio, in cui si suppone pure che l'India abbia violato una serie di norme di diritto internazionale proprio attraverso il fermo della petroliera battente bandiera italiana e l'arresto dei due organi ufficiali. La risposta dell'India non può che sembrare positiva come questione di diritto. Sebbene non viene dibattuto, generalmente, il procedimento giudiziario di un individuo sarà legale anche nel momento in cui quella persona sia stata data in custodia alla Corte indiana con strumenti illeciti. La Camera straordinaria del Tribunale cambogiano (9), ad esempio, ha esplicitamente riconosciuto tale dottrina, mentre il Tribunale internazionale per i crimini di guerra in Ruanda (10) ne ha già dibattuto. Non pare esserci, di conseguenza, una parte del diritto internazionale che possa regolare il modus con cui poter esercitare la giurisdizione a causa di questo presunto arresto illegale. La presenza di questi nuclei militari a bordo si attiene anche alla risoluzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, la quale invita tutti gli Stati a contribuire al contrasto della pirateria (11) al largo delle coste somale e nell'Oceano indiano. Le autorità italiane hanno insistito sul problema che, sulla base dei principi del diritto internazionale, la giurisdizione sul caso appartiene unicamente all'ordinamento giudiziario italiano, perché i fatti sono avvenuti in un'azione antipirateria, come pure quest'azione è stata compiuta in alto mare su una nave battente bandiera italiana e anche per il fatto che ne sono stati protagonisti militari italiani, organi ufficiali dello Stato italiano. L'incidente avvenuto in acque internazionali tra la petroliera battente bandiera italiana ed il peschereccio indiano viene dipinto come una specie di giallo internazionale (12).

Filippo Maria Torresi

Note:

(1) *Ex plurimis* si rinvia a Carbone S.M.-Luzzatto-Santa Maria, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2010. Per una panoramica delle convenzioni internazionali di diritto uniforme emanate dall'IMO, International Maritime Organisation, si consulti il sito www.imo.org.

(2) Per approfondimenti si rinvia a Berlingieri F., *Le convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Milano, 2009.

(3) Carbone S.M., *Legge della bandiera e ordinamento italiano*, Milano, 1970.

(4) Sul punto si veda Carbone S.M., *La disciplina giuridica del traffico marittimo internazionale*, Bologna, 1982.

(5) Il Lotus, vapore battente bandiera francese, entrò in collisione con un vapore turco, il BozTurk, la notte del 2 agosto del 1926, provocan-

done l'affondamento e causando la morte di otto persone che non riuscirono a mettersi in salvo. Conseguentemente, essendo il *Lotus* ap prodato nel porto di Istanbul, l'ufficiale francese addetto alle manovre della nave venne arrestato e condannato dalla Corte penale di quella città per omicidio colposo. Con un compromesso del 12 ottobre 1926 Francia e Turchia decisero di chiedere alla CPII di stabilire se la Turchia, esercitando la giurisdizione penale su un cittadino straniero per atti commessi in alto mare, “avesse agito in violazione dei principi del diritto internazionale – e se sì, di quali”. In realtà il diritto internazionale veniva in rilievo, nella specie, *per relationem*, in quanto richiamato dalla Convenzione di Losanna del 1923 che, nell’abolire il regime delle capitolazioni già gravante sull’Impero ottomano, aveva stabilito, all’art. 15, che l’esercizio della giurisdizione da parte della Turchia per le controversie riguardanti gli stranieri, giurisdizione subentrata a quella consolare, dovesse essere esercitata in conformità ai “principi del diritto internazionale”.

(6) Si consideri al riguardo la prassi delle Corti statunitensi in materia di traffico di droga, prassi intesa a rivendicare la propria giurisdizione penale anche se i contrabbandieri sono stati catturati in alto mare su nave straniera, e ciò in virtù di un protective principle, applicabile quando la merce è destinata, o si presume destinata, al territorio degli Stati Uniti: cfr. ad es.: US Court. of Appeal, 11th Circuit, 1.11.1985, *US v. Gonzales*, in B.D. Reams (ed.), *American International Law Cases*, 2nd Series, 1979-1986, vol. 5., Dobbs Ferry NY, 1987, p. 201 ss.; District Court, Northern District Of California, 9.2.1988, *Biermann v. US*, in *International Law Reports*, vol. 84, p. 201 ss.; Court of Appeal, 9th Circuit, 24.4.2008, *US v. Shi*, in *Oxford Reports on International Law in Domestic cases (in rete)*, 1396 (US 2008). Talvolta il protective principle è applicato, sempre in materia di contrabbando, a navi straniere senza, o di dubbia, nazionalità, ma sempre sul presupposto che il principio, pur essendo previsto da leggi interne, corrisponda al diritto internazionale: cfr. ad es. District Court, Southern District of Florida, 11.6.1981, *US v. James Robinson and Others*, in *Oxford Reports*, cit., 935 (US 1981); Court of Appeal, 11th Circ., 9.7.1982, *US v. Marino-Garcia and Others*, ivi, 687 (US 1982); Court of Appeal, 1st Circuit, 29.5.2007, *US v. Bravo and Others*, ibid., 1061 (US 2007); District Court of Eastern Virginia, 29.10.2010, *Hasan and Others v. US*, ibid., 1586 (US 2010).

(7) Per la tesi invece, secondo cui l’art. 92 conterrebbe “both enforcing and prescriptive jurisdiction” v. N. Ronzitti, *The Enrica Lexie Incident: law of the Sea and Immunity of State Officials Issues*, in *The Italian Yearbook of International Law*, vol. XXII (2012), p. 14-15.

(8) La sentenza della Corte indiana del 18 gennaio 2013 18, dovuta alle opinioni concorrenti del Chief Justice Altamas Kabir e del giudice J. Chelameswar, arriva anch’essa a concludere per l’esistenza della giurisdizione penale, con una motivazione, sia detto con rispetto, assai prolissa e piena di considerazioni non pertinenti, come peraltro non sempre pertinenti erano stati gli argomenti svolti dalla difesa dei due italiani. Trattasi peraltro di una sentenza interlocutoria, in quanto essa istituisce un Tribunale speciale che dovrà occuparsi del caso con competenza a rivedere anche la parte sull’esistenza della giurisdizione indiana.

(9) Nel 2001 il parlamento cambogiano ha costituito, all’interno delle corti giudiziarie, un tribunale competente circa i crimini contro l’umanità commessi durante il regime di Pol Pot: le Camere straordinarie.

(10) Il Tribunale penale internazionale per il Ruanda (ICTR dall’inglese *International Criminal Tribunal for Rwanda*) è un tribunale speciale creato l’8 novembre 1994 con una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite per giudicare i responsabili del genocidio ruandese e di altre gravi forme di violazioni dei diritti umani commessi sul territorio ruandese o da cittadini ruandesi negli stati confinanti dal 1 gennaio al 31 gennaio 1994.

(11) Brignardello, *Nozione di pirateria marittima e sue implicazioni*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, Genova, 2010, pag. 224.

(12) In base all’Accordo tra Italia ed India del 10 luglio 2012 (reso esecutivo da noi con L. n. 183 del 2012) sul trasferimento delle persone condannate, qualora la sentenza di detto Tribunale fosse di condanna i due militari potrebbero essere consegnati al nostro Governo per scontare la pena in Italia. Diciamo “potrebbero”, poiché una delle condizioni della consegna è costituita dall’... “accordo tra i due Stati” (art. 4, lett. g). Dato che l’Accordo del 2012 è stato concluso proprio in relazione alla vicenda dei due militari, è assai probabile, e comunque auspicabile, che ciò avvenga.

Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 9 aprile 2018, n. 376 - Pres. Fanucci - Rel. Goso.

ACCERTAMENTO – induttivo puro - riconoscimento forfattario dei costi – ammissibilità – analitico presuntivo – riconoscimento dei costi – loro dimostrazione – necessità – riduzione forfattaria da parte del Giudice Tributario – inammissibilità.

ACCERTAMENTO – atto impoesattivo - responsabile del procedimento di formazione del titolo esecutivo, del precezzo, e della relativa notificazione – identificazione – necessità – esclusione.

ACCERTAMENTO – atto impoesattivo – aggio di riscossione – assenza di attività da parte dell'Agente della Riscossione – debenza – questione di costituzionalità dell'art. 29, comma 1, lett. f), del d.l. n. 78 del 2010 – infondatezza.

L'Amministrazione finanziaria deve riconoscere una deduzione in misura percentuale forfattaria dei costi di produzione soltanto in caso di accertamento induttivo "puro" ex art. 39, comma 2, del d.P.R. n. 600/1973, mentre, in caso di accertamento analitico o analitico presuntivo, grava sul contribuente l'onere di provare l'esistenza di costi deducibili, afferenti ai maggiori ricavi o compensi, senza che l'Ufficio possa o debba procedere al loro riconoscimento. Pertanto in caso di accertamento analitico o analitico induttivo, il Giudice, in assenza di elementi di prova in ordine all'entità dei costi e delle spese sostenute dal contribuente, non può ridurre in via prettamente equitativa la pretesa impositiva.

L'atto "impoesattivo" non è invalido per la mancata indicazione del nominativo del responsabile del procedimento di formazione del titolo esecutivo, del precezzo, e della relativa notificazione, in quanto la finalità per cui il legislatore ha previsto tale tipologia di atto era quella di semplificazione la quale ha comportato la concentrazione di tutte le funzioni in capo ad un unico soggetto, da identificarsi nel responsabile del procedimento accertativo.

È infondata la questione di costituzionalità dell'art. 29, comma 1, lett. f), del d.l. n. 78 del 2010, per contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost., nella parte in cui prevede la corresponsione dell'aggio di riscossione in misura intera anche laddove l'agente della riscossione non abbia svolto attività concrete. Infatti, il compenso di riscossione non intende remunerare le singole attività esecutive compiute dall'agente della riscossione, per le quali è previsto il diverso istituto del rimborso spese, ma ha la funzione di remunerare i costi fissi di organizzazione e di mantenimento del servizio nazionale di riscossione.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 10 aprile 2018, n. 394 - Pres. Cardino - Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO – induttivo – ricostruzione dei ricavi – presunzioni – fatto storico – certezza – inoppugnabilità della sua valutazione – presunzioni fondate su valutazioni soggettive – illegittime.

Il meccanismo tipico delle presunzioni, su cui si fonda anche l'accertamento induttivo, presuppone la piena certezza del fatto che viene assunto quale premessa maggiore, da cui se ne trae, mediante

un'argomentazione logica, l'accertamento del fatto ignoto. Pertanto, affinché sia possibile applicare l'art. 2729 c.c., il procedimento logico-induttivo non deve consistere in un elemento di carattere valutativo, bensì in un evento naturalistico non controverso, e la nozione di "certezza" deve essere intesa non solo nella sua materialità ma anche nell'inoppugnabilità della sua valutazione. Conseguentemente, se il criterio induttivo è fondato su valutazioni del tutto soggettive degli accertatori, sfornite di alcun minimo aggancio ad un dato oggettivo, l'accertamento è invalido (nella specie, la ricostruzione dei ricavi contenuta nell'accertamento era stata operata sulla presunzione che il reddito di impresa di una società di capitali dovesse essere pari al doppio del reddito di un lavoratore dipendente impiegato nell'attività della stessa per l'intero anno oltre ad una congrua remunerazione per i soci da determinarsi in misura pari al doppio della suddetta retribuzione).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 3 ottobre 2017, n. 1387 - Pres. Spirito - Rel. Giordano.

ACCERTAMENTO – conti correnti dei soci – imputazione alla società – esclusione – autonomia reddituale dei soci – rilevanza – fattispecie.

Nel caso in esame si rileva che i soci della società in questione in effetti hanno partecipazioni in altre società, anche di notevole capacità commerciale (ciò è stato anche appurato nella perizia tecnica redatta in occasione del processo penale connesso alla verifica fiscale in oggetto, processo peraltro finito in un non luogo a procedere).

Una verifica come quella che è stata fatta porterebbe ad una situazione grottesca ove, contestualmente, si fosse proceduto a diverse verifiche per ognuna delle società in possesso dei vari personaggi coinvolti: le verifiche bancarie, prese una alla volta, avrebbero portato ad altrettanti risultati contestabili con l'effetto moltiplicativo delle movimentazioni sui vari c/c. quindi l'Ufficio avrebbe dovuto verificare con più accuratezza la riferibilità alla società delle movimentazioni sui conti intestati a terzi. Tale circostanza era di fatto pacifica in quanto elencata nel PVC redatto dalla Guardia di Finanza, ciò, pertanto, rileva l'esistenza di fonti reddituali, che potevano alimentare i c/c della soci, estranee alla società accertata.

Commissione Tributaria Regionale Di Genova, 5 luglio 2017, n. 1439 - Pres. Pasca - Rel. Alassio.

ACCERTAMENTO – notifica a soggetto interdetto – nullità – sussistenza.

Esaminati gli atti null'altro può farsi che ribadire che la notifica dell'atto impositivo al contribuente interdetto piuttosto che al suo tutore è nulla e che è onere dell'Ufficio accertarsi dello status personale del contribuente, stante l'efficacia della sentenza di interdizione, legalmente pubblicata.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 16 giugno 2017, n. 1379 - Pres. Spirito - Rel. Giordano.

ACCERTAMENTO CATASTALE – Art. 76 L. 2000, n.

342 – variazioni rendite – effetto anche per periodi d’imposta precedenti non ancora accertati.

La Commissione Tributaria Regionale, visti gli atti e la più recente giurisprudenza in merito, ritiene la sentenza appellata da confermare. Per completezza, si ritiene opportuno segnalare anche alcune pronunce dei giudici di merito, ove è stabilito che “le variazioni della rendita catastale producono effetti a decorrere dalla loro notificazione e regolano i rapporti in essere attinenti ai periodi d’imposta precedenti, essendo la rendita fiscalmente intrinseca all’immobile sin dal momento della nascita del presupposto impositivo” e che la disposizione dell’articolo 74 della legge 342/2000 “deve essere interpretata nel senso che l’effettiva comunicazione alla parte della rendita attribuita all’immobile costituisce atto necessario e propeudeutico al fine dell’emissione del successivo avviso di liquidazione dell’imposta (nella fattispecie dell’imposta comunale sugli immobili) che può riguardare, però, anche anni pregressi a detto avviso”. È in linea con le citate pronunce anche Cassazione Civile, sezione tributaria, sentenza del 5 luglio 2011, n. 14773, ove si ribadisce che, in tema di accertamento in rettifica dell’imposta comunale sugli immobili, l’art. 74, comma 1, deve essere “inteso nel senso della preclusione all’utilizzo di una rendita prima della sua notifica, al fine di individuare la base imponibile dell’imposta”, non impedendone l’utilizzabilità, una volta notificata, ai medesimi fini, “anche per le annualità di imposta sospese”. Appare pertanto superato l’orientamento che affermava la non applicabilità retroattiva della rendita medesima (si veda, ad es., Cassazione civile, sezione tributaria, sentenza 17 febbraio 2005, n. 3233, secondo cui è legittimo l’utilizzo della rendita catastale, successivamente attribuita, solo con decorrenza dall’annualità in cui avviene la notificazione dell’atto di attribuzione della rendita medesima e non con riferimento a periodi d’imposta ad essa anteriori. L’atto svolge, pertanto, efficacia soltanto per i periodi di imposta successivi alla notificazione). Alla luce dell’orientamento giurisprudenziale sopra riportato, il Comune è legittimato a richiedere al contribuente la maggiore imposta, dovuta alla differenza tra rendita proposta e rendita rettificata dall’Agenzia del territorio, per i periodi di imposta suscettibili di accertamento o di liquidazione. Le spese seguono la soccombenza.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 21 novembre 2017, n. 1587 - Pres. Cardino - Rel. Chiti.

DOGANE – diversa classificazione della merce – mancata attivazione del contraddittorio ex art. 12 l. 2000 n. 222 - nullità - sussiste - fattispecie.

Nel caso di specie l’Agenzia delle Dogane aveva notificato al CAD Italia Srl il p.v.c. unitamente all’avviso di accertamento senza rispettare il termine di legge fra l’emissione e la notifica del primo (p.v.c.) e la notifica dell’avviso di accertamento.

Risulta, poi, che tale periodo di tempo era, nella fattispecie, di importante rilevanza per la difesa del CAD Italia Srl, in quanto la fase istruttoria seguita alla presentazione delle dichiarazioni doganali e all’esame chimico delle merci evidenziava risultanze diverse nell’analisi dei campioni e tali da non potersi ricondurre alle dichiarazioni oggetto della presente controversia.

La giustificazione dell’urgenza fornita dall’Ufficio nello stesso avviso di rettifica dell’accertamento, non appare idonea a sanare il vizio del mancato rispetto del termine. Non è stato, infatti, provato che il rapporto OLAF sia stato inoltrato con ritardo, né la imminente scadenza del termine per la notifica dell’atto impositivo può essere, di per sé, idonea a giustificare l’inoservanza del contraddittorio endoprocedimentale.

Occorre, infatti, che l’Ufficio dimostri l’accadimento di una con-

creta circostanza di fatto idonea a giustificare il mancato rispetto del termine, ciò in quanto “detto termine è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio endoprocedimentale, il quale costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva” (Cass. Sez. Un. 18184/13).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 31 marzo 2017, n. 1414 - Pres. Caputo - Rel. Pennucci.

DOGANE – dazi doganali – agevolazione per l’importatore che esegue lavorazioni e trasformazioni della merce – locazione di ramo di azienda – rilevanza – quantità del prodotto importato e lavorato – corrispondenza – fattispecie.

Questa Commissione, preliminarmente, osserva che nella fattispecie trattasi di un regime tariffario “c.d. a destinazione, particolare”, che prevede una agevolazione sui dazi per l’importatore, in ragione del fatto che la merce non viene importata per essere direttamente messa in commercio, bensì per subire una trasformazione o lavorazione.

Scopo della norma, istitutiva di detto regime, e della relativa vigilanza doganale, quello di accettare che effettivamente il prodotto raggiunga la destinazione particolare ovvero venga lavorato o trasformato, nonché posto in commercio ceduto a terzi, al termine del processo di lavorazione. Conseguentemente, la destinazione particolare viene a cessare allorquando il prodotto finito viene venduto, e la precipua finalità dei controlli doganali e volta a verificare che la totalità del prodotto importato venga venduto solo all’esito delle lavorazioni. Dalla disamina degli atti di causa, questa Commissione rileva che, in effetti, nel caso di specie, la società locataria si ramo di azienda dell’importazione, ha operato con le stesse modalità previste dal disciplinare del locatore, nel rispetto di quanto stabilito in sede di autorizzazione alla procedura agevolata.

Per altro, gli stessi accertatori, dall’esame effettuato a campione sul alcune partite di merce in esenzione, hanno dato atto che il prodotto importato, dopo la lavorazione da parte di Innovaittica Srl, veniva regolarmente venduto dall’importatore.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 12 maggio 2017, n. 1414 - Pres. Fanucci - Rel. Serra.

IRPEF - perdite pregresse - limite della loro deducibilità - prospetto delle perdite riportabili - non necessità.

L’art. 8 D.P.R. 917/86 prevede al terzo comma che “Le perdite derivanti all’esercizio di imprese commerciali e quelle derivanti dalla partecipazione in società in nome collettivo e in accomandita semplice sono computate in diminuzione dai relativi redditi nei periodi di imposta e per la differenza nei successivi, ma non oltre il quinto, per l’intero importo che trova capienza in essi”.

Alla luce di quanto sopra il contribuente ha legittimamente portato in compensazione le perdite d’impresa precedentemente conseguite.

La normativa in questione infatti permette la riportabilità delle perdite fino al quinto esercizio successivo al conseguimento delle stesse.

Nel caso di specie le perdite in questione sono riferibile all’esercizio relativo all’anno 2002 e, dunque, la loro riportabilità nella dichiarazione dei redditi 2006 appare rispondente alla disciplina di cui sopra e, dunque, la deduzione operata per annualità d’imposta in questione appare del tutto legittima.

Non si ritiene, invece, condivisibile la ricostruzione ermeneutica

operata dall'Ufficio con riferimento al terzo comma dell'art. 8 D.P.R. 917/86.

Invero, ad avviso di questa Commissione, la decadenza eccepita dall'Ufficio all'interno dei termini indicati dalla normativa in oggetto non appare rispondente alla ratio legis; se il Legislatore avesse voluto consentire il riporto delle perdite esclusivamente nel primo periodo utile d'imposta lo avrebbe previsto testualmente.

Per quanto concerne, infine, la mancata indicazione nel modello Unico 2006 degli importi relativi alle perdite da compensarsi, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, la compilazione dei prospetti non costituisce una condizione necessaria affinché il diritto al riporto delle perdite debba essere riconosciuto dall'A.F.

Commissione Tributaria Regionale di Genova , 6 ottobre 2017, n. 14229 - Pres. Celle - Rel. Maggio.

IRPEF – art. 10 comma 1 lett. d) t.u. 1986, n. 917 – detrazione per il mantenimento di un figlio - illegittimità – detrazione a titolo alimentare ex art. 433 cod. civ. – necessità – fattispecie.

L'art. 10, comma 1 lett. c) TUIR non contempla, a differenza di quelli corrisposti a favore del coniuge, la deducibilità dal reddito degli assegni corrisposti per il mantenimento dei figli.

Tale disparità di trattamento più volte ribadita dalla giurisprudenza (Cass. VI 24 maggio 2013, n. 13029, Cass. Trib. 10 maggio 2011, n. 10323) era stata ritenuta immune da vizi di costituzionalità dalla Corte Costituzione con sentenza 14 novembre 2008 n. 373.

La successiva lettera d) del comma 1 dell'art. 10 TUIR contempla la diversa ipotesi della deducibilità degli assegni corrisposti a titolo alimentare ai soggetti di cui all'art. 433 c.c..

Chiarito il quadro normativo di riferimento occorre indagare, nella specie, a quale ipotesi le somme corrisposte al figlio fossero riconducibili.

A tal riguardo il provvedimento di affidamento 5 agosto 1998 n. 230 con cui il Tribunale per i minori di Genova ha affidato il figlio alla madre ha espressamente statuito che "il padre versi per il mantenimento del figlio la somma di ..." con ciò qualificando in maniera precisa la fattispecie in termini di mantenimento del figlio.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 17 ottobre 2017, n. 1472 - Pres. Celle - Rel. Maggio.

IRPEF – persona fisica – residenza in paese black list – presunzione relativa di residenza in italia – prova contraria – sussiste – residenza in italia moglie e figli - irrilevanza.

Deve rilevarsi come il contribuente abbia dimostrato in occasione dei plurimi contenziosi che lo hanno visto opposto all'Ufficio l'effettività della propria residenza in Svizzera.

L'effettività della residenza in Svizzera è stata accertata dalla CTP di Genova con sentenze del 16 gennaio 2018 nn. 389 e 390. 14 giugno 2013 n. 95. 24 ottobre 2013 n. 192 e dalla CTR Liguria con sentenze 32/10, 33/10, 143/11, 38/13, 299/14.

Nessuna di queste, a quanto risulta al Collegio, è passata in giudicato e tuttavia tali sentenze, possono essere apprezzate, nell'esercizio del libero convincimento del giudice, per il loro contenuto persuasivo.

A tal riguardo, era stato doverosamente precisato che la residenza

in un paese incluso nella cd black list non pone una presunzione assoluta di residenza in Italia, ma semplicemente una presunzione relativa, superabile mediante prova contraria.

Oggi occorre rilevare come sia stata fornita ampia dimostrazione della effettività della propria residenza in Italia.

A tal riguardo, elemento fondamentale di prova in ordine alla effettività della residenza è che l'appellato in data 2 dicembre 2009 abbia conseguito la cittadinanza elvetica, circostanza questa che presuppone la dimostrazione di una residenza per un periodo di 12 anni.

Altri elementi già positivamente valutati dai giudici che si sono occupati della vicenda sono costituiti dall'attività lavorativa dell'appellato in Svizzera, dal libretto di lavoro, dall'abilitazione alla guida, dal passaporto, alla carta d'identità svizzera, dalla carta sanitaria svizzera. Si tratta di una serie di elementi che possono per la loro univocità e quantità essere considerati idonei a dimostrare la effettività della residenza in Svizzera.

Le circostanze addotte dall'Ufficio quali la residenza della moglie e dei figli ovvero la proprietà di immobili non appaiono idonee a smentire la mole di dati contrari prodotto dall'appellato.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 15 novembre 2017, n. 1562 - Pres. Cardino - Rel. Piombo.

IRPEF - Attività di agriturismo – Legge regione Liguria 6 agosto 1996, n. 33 - Attività prevalente – Mancanza di fatture passive di acquisto di beni poi somministrati – Irrilevanza – Fattispecie.

Poiché è lo stesso Ufficio ad affermare nel proprio atto di appello che per poter beneficiare delle agevolazioni fiscali spettanti agli esercenti l'attività agritouristica è necessario che tale attività rispetti determinati requisiti, ed in particolare il requisito di prevalenza previsto dall'articolo 2 lett. b) L.R. n. 33/1996, rileva il Collegio che il contribuente ha fornito nel corso dei due gradi del giudizio ampia prova di esercitare l'attività di imprenditore agricolo in forma individuale e quella di agriturismo.

In particolare l'esercizio dell'agriturismo è soggetto a controllo regionale (revisione triennale della permanenza dei requisiti per l'iscrizione alla banca dati degli operatori agrituristicci) e non risulta che la Regione Liguria, competente in materia che la esercita mediante "puntuali controlli" (come può leggersi nel sito web regionale dedicato), abbia mai contestato allo Sceresini di non svolgere correttamente tale attività.

Né le motivazioni sulle quali si fondono i rilievi dell'Ufficio (assenza di fatture relative all'acquisto di caffè e the; incomplete registrazioni relative al passaggio di prodotti dall'azienda agricola all'agriturismo) paiono assumere consistenza tale da far venir meno il configurarsi dell'esercizio dell'attività agritouristica da parte del contribuente.

L'assenza di un sopralluogo in azienda e la procedura seguita per la rideterminazione dei ricavi, puramente teorica e del tutto priva di un serio riscontro fattuale, basata esclusivamente su elementi frutto di presunzioni a catena e dissertazioni culinarie prive di valenza giuridica, non possono che portare a dubitare della fondatezza dell'accertamento.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 11 aprile 2018, n. 406 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

IRPEF – personale civile della NATO – art. 8, d.p.r. n. 2083/1962 – esclusione da imposizione degli stipendi – applicabilità anche alle pensioni – inapplicabilità.

Le norme fiscali che prevedono agevolazioni sono norme di stretta interpretazione e non trovano applicazione se non nelle ipotesi in esse espressamente previste. Sulla base di tale principio deve escludersi che l'esenzione dal pagamento delle imposte sui redditi sugli stipendi ed emolumenti corrisposti al personale civile della NATO prevista dall'art. 8 del d.p.r. n. 2083/1962 si estenda anche al trattamento pensionistico dei medesimi soggetti, posto che il trattamento pensionistico non può essere qualificato come retribuzione differita.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 2 ottobre 2017, n. 1355 - Pres. Spirito - Rel. Chiti.

IRES – compensi agli amministratori – deducibilità – approvazione con specifica delibera - necessità.

La deducibilità dei compensi corrisposti agli amministratori è subordinata al fatto che siano specificamente approvati in un'apposita delibera presa dall'assemblea dei soci, non potendo tali compensi considerarsi desumibili implicitamente dalla sola approvazione del bilancio stante la natura imperativa ed inderogabile dell'art. 2389 c.c. disposizione dettata anche nell'interesse pubblico al regolare svolgimento dell'attività economica.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 28 settembre 2017, n. 1397 - Pres. Celle - Rel. Maggio.

IRES – plusvalenza su cessione azioni – PEX – Impostazione in bilancio – non modificabilità in sede contenziosa - Fattispecie.

Se è vero che, per quanto riguarda la dichiarazione, il contribuente, indipendentemente dalle modalità e termini di cui alla dichiarazione integrativa prevista dal D.P.R. n. 322 del 1998, art. 2, e all'istanza di rimborso di cui al D.P.R. n. 602 del 1973, art. 38, in sede contenziosa, può sempre opporsi alla maggiore pretesa tributaria dell'amministrazione finanziaria, allegando errori, di fatto o di diritto, commessi nella redazione della dichiarazione, incidenti sull'obbligazione tributaria (Cass. SS.UU. 30 giugno 2016 n. 13378), nondimeno nel caso di specie la rettifica della dichiarazione in sede contenziosa, ovvero la possibilità di fare valere in sede contenziosa una pretesa contrastante con la dichiarazione a suo tempo presentata, presuppone la preventiva rettifica o comunque la modifica del bilancio societario e dei documenti presupposto della dichiarazione.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 22 settembre 2017, n. 1315 - Pres. Pasca - Rel. Alba.

PROCESSO TRIBUTARIO – atti impugnabili – art. 19 d.lgs. n. 546/92 – diniego di sgravio di somme non dovute in base ad una sentenza del giudice tributario – ammissibilità

La comunicazione con cui l'Ufficio manifesta al contribuente la volontà di non procedere allo sgravio di una cartella di pagamento (pur a fronte di una decisione della CTP che dichiarava non dovuti i diritti doganali iscritti a ruolo) intendendo uniformarsi ad un parere espresso dal Servizio giuridico della Commissione Europea (secondo cui in caso di esito sfavorevole in un primo grado di giudizio non deve procedersi all'interruzione dell'esecuzione salvo la facoltà del contribuente di richiederne la sospensione) costituisce atto impugnabile ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 546/92. A tale riguardo, pur essendo la normativa doganale pienamente armonizzata sotto il profilo sostanziale, non è configurabile alcuna preminenza del diritto comunitario su quello na-

zionale in quanto la stessa normativa doganale prevede che la sua applicazione, la repressione delle violazioni e la tutela giurisdizionale avverso gli atti impositivi delle Dogane siano rimesse al diritto nazionale dei vari stati di modo che sia assicurata al contribuente l'effettiva tutela dei propri interessi sostanziali.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 21 novembre 2017, n. 1580 - Pres. Cardino - Rel. Pennucci.

REGISTRO – terreno agricolo – diritto di superficie – costituzione – aliquota 8% - applicabilità – aliquota 15% - non applicabilità.

Appare infondata la tesi dell'Amministrazione Finanziaria secondo la quale, deve essere applicata la aliquota del 15%, sulla base del secondo capoverso dell'art. 1 della tariffa parte prima allegata al D.P.R. 131/1986, in virtù della natura agricola dei terreni sui quali è stato costituito il diritto di superficie per la realizzazione, da parte del superficiario, di impianti fotovoltaici. Al riguardo, osserva, che su detta questione è intervenuta anche la Corte Suprema di Cassazione che, con la sentenza del 4/11/2003 n. 16495, ha statuito, a norma dell'art. 1, comma 1, della tariffa, parte prima, DPR 26 aprile 1986 n. 131, che l'applicazione della maggiore aliquota del 15% opera per i soli trasferimenti della proprietà di terreni agricoli e relative pertinenze, in favore di soggetti diversi dagli imprenditori agricoli, e non per i diritti reali di godimento, quale la servitù di elettrodotto, che pertanto resta soggetta all'aliquota dell'8%. Conseguentemente, questa Commissione, ritiene, nel caso di specie, applicabile il succitato c. 1, dell'art. 1, anche nella considerazione che l'atto, intervenuto tra le parti, dispone la costituzione di un diritto reale di godimento, e non il trasferimento di proprietà del terreno agricolo, che rimane di proprietà del concedente, e che non opera l'accessione dell'impianto fotovoltaico, che rimane di proprietà del superficiario.

Infatti, come rilevabile dal contratto sottoscritto dalle parti, allo scadere dello stesso contratto il diritto di superficie si estinguerà, e l'impianto resterà di proprietà esclusiva del superficiario.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 2 ottobre 2017, n. 1356 - Pres. Spirito - Rel. Chiti.

RISCOSSIONE – iscrizione a ruolo – dichiarazione integrativa – presentazione successiva all'iscrizione a ruolo del tributo – irrilevanza – tipologia di errore dichiarato – manifestazione di volontà negoziale – non ammissibile.

Non si può procedere alla presentazione di una dichiarazione integrativa successivamente alla contestazione di violazione tributarie in quanto tale possibilità di correzione si risolverebbe in un inammissibile strumento di elusione delle sanzioni predisposto dal legislatore per l'inosservanza della correlata prescrizione. Inoltre, la possibilità per il contribuente di integrare la dichiarazione fiscale è ammessa dall'art. 2, comma 8, DPR 322/1998, ma è limitata alla emendabilità di meri errori materiali, ma non può estendersi ad errori riferibili ad una manifestazione di volontà negoziale (Nella specie, il contribuente sosteneva che la somma indicata nella dichiarazione dei redditi da emendare non corrispondesse all'andamento della realtà aziendale a causa dello stato di crisi economico in cui la stessa versava).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 24 aprile 2018, n. 483 - Pres. e Rel. Fanucci.

TRIBUTI LOCALI – TOSAP – viadotti autostradali – pre-

supposto impositivo – sussistenza – cause di esenzione – esclusione.

Ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 507/93, il presupposto impositivo della TOSAP è costituito dall'occupazione, di qualsiasi natura, di spazi ed aree, anche soprastanti o sottostanti il suolo, appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile dei comuni o delle province, che comporti un'effettiva sottrazione della superficie all'uso pubblico, indipendentemente dall'esistenza o meno di una concessione od autorizzazione. Inoltre, ai sensi dell'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 507/93, sono soggette alla tassa le occupazioni soprastanti e sottostanti il suolo comprese quelle poste in essere con condutture ed impianti di servizi pubblici gestiti in regime di concessione amministrativa. Un viadotto autostradale sopraelevato comporta la sottrazione o la limitazione dell'uso del suolo pubblico da parte della società che lo ha in gestione la rete autostradale e realizza, perciò, una occupazione di fatto che è tassabile ai fini TOSAP; inoltre, il viadotto autostradale costituisce un "impianto" ai fini dell'art. 38 cit. in quanto esso è costituito da una costruzione completata da strutture, quali gli impianti segnaletici e di illuminazione, che ne aumentano l'utilità ed impedisce l'utilizzazione edificatoria del fondo sottostante e finanche l'utilizzo agricolo riferito a determinate colture. Né alla società che ha la gestione economica e funzionale del viadotto in forza di apposita concessione può essere applicata l'esenzione prevista dall'art. 49, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 507/93, in quanto non si configura un'occupazione da parte dello Stato: infatti, nel periodo di durata della concessione stessa, il bene, che pure è funzionale all'esercizio di un servizio di pubblica utilità, è gestito in regime di concessione da un ente che agisce in piena autonomia e non quale mero sostituto dello Stato nello sfruttamento dei beni.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 31 ottobre 2017, n. 1515 - Pres. Canepa - Rel. D'Avanzo.

TRIBUTI LOCALI - ICI - Area portuale – classificazione in cat. E1 esente – Classificazione in D/8 di immobili infrastrutture di supporto portuale – Illegittimità.

Questa Commissione, in linea con quanto espresso in merito, confortata da sentenze di CTR e di Cassazione, determina l'attribuzione della categoria E1, con conseguente esenzione a Ici, non solo delle aree strettamente pubbliche sopra elencate ma anche (v. Cassazione 10028/2015) delle infrastrutture esistenti su tali aree pubbliche, strettamente connesse all'attività portuale.

Sono cioè comprese nelle categoria E1 anche i magazzini portuali, essendo destinati, per legge, allo svolgimento delle funzioni correlate alla gestione pubblica dell'infrastruttura del trasporto e non altrimenti utilizzabili.

Restano e devono essere classificati in D8 tutti gli immobili e le infrastrutture di supporto all'attività del terminal ma non strettamente necessarie per il funzionamento delle stesse, quali ad esempio locali adibiti a ristorazione e vendita souvenir, ai quali è strettamente connaturato il fine di lucro.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 21 novembre 2017, n. 1575 - Pres. Delucchi - Rel. Cunati.

TRIBUTI LOCALI - ICI - terreni attigui a careggiate autostradale – inedificabilità assoluta – non sussiste – limitazione alla edificabilità – sussiste – valore – determinazione – fattispecie.

Non è condivisibile l'affermazione del contribuente che la inedificabilità assoluta deriverebbe dal Codice della Strada, norma di rango superiore, quindi non derogabile da deliberazioni comunali che stabiliscano la edificabilità parziale (o inedificabilità relativa).

Infatti, se è vero che il Codice della Strada (artt. 2, 3, 16, 18) e il suo Regolamento di esecuzione prescrivono – ai fini di sicurezza sia della circolazione che dello stazionamento – un obbligo di distanza delle costruzioni dalla careggiate di almeno 30 metri, risulta però provato in causa, anche accertato dal primo giudice, che la superficie (inedificabile) della cd. "fascia di rispetto" può essere aggiunta a quella (edificabile) sita a distanza superiore tanto che, nella sostanza, la superficie edificabile totale resta invariata. Quindi, né la prima fascia (nei primi 30 metri) né la seconda (nei successivi 30 metri, fino a 60 metri) possono dirsi caratterizzate da inedificabilità assoluta, bensì gravate da vincoli che ne limitano la edificabilità, riducendone così il valore della base imponibile, tanto da rendere inconferente l'ulteriore eccezione dell'appellante che fuori dai centri abitati, come delimitati dall'art. 4 del codice della strada, la fascia di rispetto è di 60 (e non di 30) metri in quanto, da un lato, non eliminerebbe comunque il presupposto impositivo dell'edificabilità che, d'altro lato, nella fattispecie è pacificamente riconosciuta – col meccanismo "traslativo" dell'indice di edificabilità di cui si è detto sopra – dal Comune alla Società.

Sezione di diritto penale

Massime

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 19 dicembre 2017 – Giudice Vinelli.

CIRCOSTANZE attenuanti comuni – danno di speciale tenuità – delitto tentato - applicabilità.

(Artt. 62, n. 4 c.p. e 56 c.p.)

CIRCOSTANZE attenuanti comuni – danno di speciale tenuità – rapina - applicabilità.

(Artt. 62, n. 4 c.p. e 628 c.p.)

Nei reati contro il patrimonio, la circostanza attenuante comune del danno di speciale tenuità è applicabile al delitto tentato quando sia possibile desumere con certezza dalle modalità del fatto e in base ad un preciso giudizio ipotetico che, se il reato fosse stato portato al compimento, il danno patrimoniale per la persona offesa sarebbe stato di rilevanza minima.

Ai fini della configurabilità dell'attenuante del danno di speciale tenuità con riferimento al delitto di rapina, non è sufficiente che il bene mobile sottratto sia di modestissimo valore economico, ma occorre valutare anche gli effetti dannosi connessi alla lesione della persona contro la quale è stata esercitata la violenza o la minaccia, attesa la natura plurioffensiva del delitto "de quo", il quale lede non solo il patrimonio, ma anche la libertà e l'integrità fisica e morale della persona aggredita per la realizzazione del profitto. Ne consegue che solo ove la valutazione complessiva del pregiudizio sia di speciale tenuità può farsi luogo all'applicazione dell'attenuante.

M.CIR

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 dicembre 2017 – Giudice Vinelli.

CIRCOSTANZE del reato – aggravante della minorata difesa – tempo di notte – altre condizioni – sussistenza.

(Art. 61, n. 5 c.p.)

CIRCOSTANZE del reato – aggravante delle più persone riunite – aggravante del numero delle persone superiore a cinque – criterio distintivo.

(Artt. 625, c. 1, n. 5, e 112 c.p.)

Ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, se il tempo di notte, di per sé solo, non realizza automaticamente tale aggravante, con esso possono concorrere altre condizioni che consentono, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere in concreto realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata, non essendo necessario che tale difesa si presenti impossibile ed essendo sufficiente che essa sia stata soltanto ostacolata.

L'aggravante delle più persone riunite si configura quando sul luogo del fatto si trovino almeno due persone e il discrimin rispetto all'art. 112 c.p. va individuato proprio nel numero dei soggetti, sicché quest'ultima norma risulta applicabile quando i soggetti presenti sul luogo del fatto siano almeno cinque.

PA.PITT

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 21 dicembre 2017 – Giudice Lepri.

CIRCOSTANZE del reato – attenuante della provocazione – condizioni.

(Art. 62, n. 2 c.p.)

Ai fini dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 2 c.p., affinché sussista lo stato d'ira è necessario che la commissione del reato sia prossima all'antecedente fattuale e non costituiscia il risultato della sedimentazione nell'agente di un sentimento di vendetta; occorre inoltre che la reazione non appaia eccessiva ed inadeguata rispetto all'episodio da cui trae origine (nel caso di specie l'attenuante veniva esclusa in quanto la condotta era stata serbata il giorno successivo rispetto a quello della pretesa provocazione).

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 19 dicembre 2017 – Giudice Parentini.

CONFISCA – confisca diretta – confisca per equivalente – differenze – conseguenze nei reati tributari – tipo di confisca consentita nei confronti di persona giuridica in caso di reato tributario commesso dai suoi organi.

(Art. 240 c.p. in relazione ai reati tributari)

La confisca del profitto è istituto diverso dalla confisca per equivalente, ne deriva che, come chiarito dalla sentenza SU 10561/2014, è consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica.

La confisca diretta (detta anche confisca di proprietà), prevista dall'art. 240 c.p. come misura facoltativa e resa obbligatoria per alcuni reati dall'art. 322 ter c.p., ha per oggetto il profitto del reato, vale a dire l'utilità economica direttamente o indirettamente conseguita con la commissione del reato. La confisca per equivalente (detta anche confisca di valore), invece, ha per oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente al profitto del reato ed è destinata ad operare nei casi in cui la confisca diretta non sia possibile.

Nella nozione di profitto che consente la confisca diretta non rientrano solo i beni appresi per effetto diretto e immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità comunque ottenuta dal reato, anche in via indiretta o mediata, come ad esempio i beni acquistati con il denaro ricavato dall'attività illecita oppure l'utile derivante dall'investimento del denaro di provenienza criminosa; inoltre, in tema di reati tributari, il profitto confiscabile è costituito da qualsiasi vantaggio patrimoniale tratto dalla realizzazione del reato e può consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento di un tributo.

È consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per

reati tributari da costoro commessi, quando non sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca diretta del profitto.

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 12 dicembre 2016 – Giudice Levrero.

DELITTI contro la fede pubblica – falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico - casistica.

(Art. 483 c.p.)

La denuncia di smarrimento della patente di abilitazione alla guida, recante l'attestazione di ricezione dell'organo di polizia, integra il delitto di cui all'art. 483 c.p., perché l'attestazione stessa è dichiarativa di attività svolta dal pubblico ufficiale ed ha una indubbia efficacia probatoria, in quanto costituisce il presupposto necessario per attivare il procedimento amministrativo di rilascio del duplicato della patente.

M.CIR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 17 gennaio 2017 – Giudice Maggio.

DELITTI contro la libertà morale -minaccia - aggravante.

(Art. 612 c.p.)

Non sussiste l'aggravante di cui all'art. 612 comma 2 c.p. nel caso di minaccia di morte quando, atteso il contesto ed il linguaggio comune, è ravvisabile l'inverosimiglianza dell'intento omicida (fattispecie in cui l'ex coniuge aveva affermato "Dimmi dove sei mi hai rotto le palle ti ammazzo").

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 21 dicembre 2017 – Giudice Lepri.

DELITTI contro la libertà morale – violenza privata – nozione di condotta violenta.

(Art. 610 c.p.)

La condotta violenta sufficiente ad integrare il reato di cui all'art. 610 c.p. è configurabile nell'utilizzo di qualsiasi mezzo idoneo a comprimere coattivamente la libertà di autodeterminazione e di azione della persona offesa (fattispecie in cui l'imputata aveva impedito per circa venti minuti alle persone offese di allontanarsi coi propri scooter sottraendone le chiavi, strattorando il manubrio di uno dei due motocicli e gettando a terra il casco di una delle persone offese).

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 21 dicembre 2017 – Giudice Lepri.

DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – agevolazione della sottrazione della cosa in custodia – spostamento non autorizzato della cosa in custodia – insussistenza del reato – sussistenza dell'illecito amministrativo di cui all'art. 213 CdS.

(Art. 335 c.p.)

Non costituisce il reato di agevolazione della sottrazione della cosa

in custodia di cui all'art. 335 c.p., bensì l'illecito amministrativo di cui all'art. 213 C.d.S., la condotta di colui che, custode di un veicolo sottoposto a sequestro amministrativo, lo spostò dal luogo originariamente indicato.

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, sez. I, coll. II, 19 dicembre 2017, – Pres. Carpanini – Est. Guello.

DELITTI contro la pubblica amministrazione – concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità – elementi distintivi delle due fattispecie.

(Artt. 317 c.p. e 319 quater c.p.)

Con la L. 6/11/2012 n. 190 il Legislatore ha operato un netto "sdoppiamento" del reato di concussione (già previsto dall'art. 317 c.p.) in due distinte ed autonome fattispecie incriminatrici.

Nella situazione precedente la riforma "costringere" ed "indurre" erano entrambe condotte concussive contemplate alternativamente dall'art. 317 c.p. (a titolo di concussione) e quella di "induzione" è confluita nella nuova incriminazione di cui all'art. 319 quater c.p. (induzione indebita a dare o promettere utilità).

Il vigente sistema legislativo prevede dunque di fatto una "concussione costrittiva" (art. 317 c.p.) ed una "concussione induttiva" (art. 319 quater c.p.).

La differenza tra le due fattispecie incriminatrici non è affatto di poco conto se solo si considera che prima il privato concusso - sia per costrizione che per induzione - era sempre persona offesa (e quindi processualmente un testimone), mentre ad oggi il privato concusso per costrizione continua ad essere persona offesa e testimone, mentre il privato concusso per induzione diventa concorrente necessario nel reato (ex art. 319 quater comma secondo c.p.) e quindi, processualmente, un indagato/coimputato nel medesimo reato (nella sostanza un "complice"), con tutte le conseguenze che ne discendono in termini di valutazione ed utilizzabilità della relativa prova dichiarativa.

Visto il nuovo assetto normativo - avendo il Legislatore spezzato l'endiadi alternativa ed indifferenziata ed isolato in due norme distinte i verbi "costringere" ed "indurre" e, quindi, deciso che le modalità della condotta dei PP. UU. non sono più indifferenti (in quanto comunque punibili secondo la vecchia formulazione dell'art. 317 c.p.), bensì foriere di una fondamentale rilevanza giuridica (anche rispetto al privato) è necessario stabilire quando e come una minaccia "costringe" e quando invece "induce"; tale risultato si può ottenere utilizzando il duplice criterio della qualità del male che viene minacciato dal P.U. e della natura del risultato che il privato intende perseguire cedendo alla pressione abusiva del P.U.: dato che è ben difficile immaginare che nell'art. 317 c.p. la costrizione possa configurarsi come violenza assoluta o che, in altri termini, l'uso non consentito della forza fisica esuli dai poteri conferiti al soggetto, tanto che, se attuato, non integri reati di diversa natura da quelli propri del pubblico ufficiale, resta così nell'ambito operativo dell'art. 317 c.p. la violenza morale la quale, per definizione, si manifesta attraverso la prospettazione di un danno ingiusto, una minaccia in senso proprio. Di talché, non essendo consentito all'interprete operare una gerarchia tra le minacce, integra costrizione ai sensi dell'attuale art. 317 c.p. qualunque violenza morale attuata con abuso di qualità o di poteri che si risolva nella prospettazione, esplicita od implicita, di un male ingiusto recante danno patrimoniale o non patrimoniale, costituito da danno emergente o da lucro cessante.

Ora, poiché anche l'art. 319 quater c.p. suppone parimenti un'in-

timidazione psicologica e dato il carattere residuale della norma (è induzione tutto quello che non è costrizione), rientra invece nell'ambito dell'art. 319 quater c.p. la condotta del Pubblico Ufficiale che prospetti conseguenze sfavorevoli derivanti dall'applicazione della legge per ricevere il pagamento o la promessa indebita di denaro o altra utilità. Si tratta cioè pur sempre della prospettazione di un male ma, nella specie, questo non è ingiusto ed anzi il soggetto che lo dovrebbe legittimamente subire mira ad evitarlo, consentendo l'indebita richiesta. Ne risulta che la distinzione tra le ipotesi di cui all'art. 317 c.p. e quelle di cui all'art. 319 quater dello stesso codice non attiene alla intensità psicologica della pressione esercitata, sibbene alla qualità di tale pressione: minaccia o meno in senso giuridico. E si comprende allora perché nella novellazione legislativa, il soggetto indotto non sia più considerato come vittima, ma come autore di reato che mira ad un risultato illegittimo a lui favorevole.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 dicembre 2017 – Giudice Di Marco.

DELITTI contro il patrimonio – furto – circostanze aggravanti – violenza sulle cose - casistica.

(Art. 625, c. 1, n. 2, c.p.)

L'aggravante prevista dall'art. 625, c. 1 n. 2 c.p. ("violenza sulle cose") si configura ogniqualvolta gli strumenti materiali predisposti per una più efficace difesa del patrimonio siano manomessi, sicché, per poter assolvere nuovamente alla loro funzione essi, richiedano una più o meno complessa attività di ripristino. Integra, pertanto, l'aggravante in questione lo strappo dell'etichetta magnetica inserita sulla merce offerta in vendita nei grandi negozi e destinata ad attivare i segnalatori acustici ai varchi d'uscita, poiché essa costituisce mezzo di difesa approntato per quegli oggetti maggiormente esposti al rischio di essere prelevati dai banchi, senza essere presentati alla cassa per il pagamento.

M.CIR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 21 dicembre 2017- Giudice Lovesio.

DELITTI contro il patrimonio - delitti contro la fede pubblica - concorso di reati - sussistenza - attenuante del fatto di particolare tenuità - qualità della res, modalità dell'azione, danno arreccato - sussistenza.

(Artt. 648, c. 2 e 474 c.p.)

Il delitto di ricettazione ex art. 648 c.p. e quello di commercio di prodotti con segni falsi ex art. 474 c.p. possono concorrere, atteso che le fattispecie incriminatrici descrivono condotte diverse sotto il profilo strutturale e cronologico, tra le quali non può configurarsi un rapporto di specialità, non risultando nel sistema, stante il diverso bene giuridico tutelato, una diversa volontà espressa o implicita del legislatore.

In tema di delitto di ricettazione, la sussistenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648 c. 2 c.p. deve essere valutata con riguardo a tutte le componenti oggettive e soggettive del fatto e cioè con riguardo alla qualità della res provento del delitto, alla sua entità, alla modalità dell'azione, ai motivi della stessa ed alla personalità del colpevole. (Nel caso di specie la modesta entità del fatto, la cattiva qualità dei prodotti sequestrati, in relazione alla specifica tipologia della condotta contestata e alla lieve entità del danno arreccato alle imprese titolari dei marchi, consentono di ri-

tenere il fatto modesto, così da integrare gli estremi dell'attenuante speciale).

I.SIC.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 21 dicembre 2017 – Giudice Lepri.

DELITTI contro l'onore - diffamazione - esercizio del diritto di critica.

(Artt. 595, c. 3 e 51 c.p.)

In tema di diffamazione attraverso internet, e nello specifico attraverso l'utilizzo di social media, la divulgazione di notizie o commenti lesivi dell'onore e della reputazione di terzi può considerarsi lecito esercizio del diritto critica ex art. 51 c.p. se ricorrono le condizioni: a) della verità dei fatti esposti (sebbene sia noto che il diritto di critica, quale espressione di un'opinione soggettiva o congetturale, presupponga un'incidenza affievolita del requisito della verità dei fatti storici, rispetto al diritto di cronaca); b) dell'interesse pubblico alla conoscenza del fatto; c) della correttezza formale dell'esposizione. (Nel caso di specie, la frase postata dall'imputato sul social network Facebook è stata considerata quale espressione del legittimo esercizio del diritto di critica in ragione della sussistenza dell'oggettiva verità dei fatti, della pertinenza dell'osservazione critica rispetto all'interesse pubblico e della continenza dello stile).

I.SIC.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica- 19 dicembre 2017 – Giudice Maggio.

EDILIZIA ed urbanistica - permesso di costruire - mutamento di destinazione d'uso – insussistenza.

(Art. 44, lett. b), d.p.r. 380/2001)

Alla stregua della vigente disciplina urbanistica, tenendo conto di quella contenuta nel t.u. approvato con D.p.r. n. 380 del 2001, deve ritenersi che le opere interne e gli interventi di ristrutturazione edilizia, come pure quelli di manutenzione straordinaria, di restauro e di risanamento conservativo, necessitino di concessione edilizia (permesso di costruire), ogni qual volta comportino mutamento di destinazione d'uso tra categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico e, qualora debbano essere realizzati nei centri storici, anche nel caso in cui comportino mutamento di destinazione d'uso all'interno di una stessa categoria omogenea; richiedono, invece, soltanto la semplice denuncia di attività, qualora debbano essere realizzati fuori dei centri storici e comportino mutamento della destinazione d'uso all'interno di una stessa categoria omogenea. (Nel caso di specie gli imputati venivano assolti dal reato di cui all'art 44 lett. b) del D.p.r. 380/2001 per l'insussistenza del mutamento di destinazione d'uso, non potendosi lo stesso essere ravvisato nella predisposizione di un impianto di climatizzazione da parte degli stessi).

I.SIC.

Tribunale di Genova in Composizione Collegiale, sez. II, coll. I, 23 dicembre 2016 – Pres. ed Est. Merlo.

FALLIMENTO - bancarotta fraudolenta - ricorso abusivo al credito.

(Artt. 223 c. 1, 216 c. 1, n. 2, 225 e 218 R.D. 16 marzo 1942 n. 267)

FALLIMENTO - bancarotta fraudolenta - aggravante danno di rilevante gravità.

(Art. 219 c. 1 R.D. 16 marzo 1942 n. 267)

Integra il reato di ricorso abusivo al credito (art. 218 L. fall.), la dissimulazione dello stato di dissesto della società da parte dell'amministratore della stessa (Nel caso di specie, a fronte della manifesta inattendibilità dei bilanci, non è stato assolutamente possibile ricostruire l'andamento degli affari, non essendo presente documentazione idonea a chiarire il dato contabile, né a giustificare le note di credito. Tale sistema ha consentito di ricorrere abusivamente al credito bancario, tanto che la società ha maturato nei confronti delle banche un debito di circa un milione di euro in quanto, nel richiedere forme di finanziamento, presentava bilanci apparentemente in ordine).

L'aggravante del danno di rilevante gravità, prevista dall'art. 219, comma primo, della legge fallimentare, può trovare applicazione anche nei casi di c.d. bancarotta impropria previsti dall'art. 223 della stessa legge, dovendosi intendere il rinvio ivi operato alla pena prevista dal primo comma dell'art. 216, come esteso anche all'eventuale aggravamento che la stessa possa subire per effetto del citato primo comma dell'art. 219.

I.SIC.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 17 gennaio 2017 – Giudice Maggio.

GIUDIZIO - sentenza - decisione - sentenza di proscioglimento - assoluzione perché il fatto non costituisce reato - più favorevole rispetto a "il fatto non è previsto dalla legge come reato".

(Artt. 530 ss. c.p.p.)

È preferibile la formula di assoluzione perché il fatto non costituisce reato, rispetto a "il fatto non è previsto dalla legge come reato", permanendo in tali casi la possibile rilevanza del fatto in sede civile. La formula di merito è più favorevole anche di quella processuale per estinzione del reato derivante dalla remissione di querela.

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 19 dicembre 2017 – Giudice Staricco.

PARTICOLARE tenuta del fatto - rifiuto di indicazioni sulla propria identità.

(Art. 131bis c.p. in relazione all'art. 651 c.p.)

Integra il reato di cui all'art. 651 c.p. l'aver rifiutato di fornire le proprie generalità dicendo di non aver tempo da perdere, sebbene ad una seconda richiesta si sia rammostrata la carta di identità. In assenza di precedenti penali e di pericolo e danno risulta tuttavia applicabile l'art. 131 bis c.p.

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 1 febbraio 2017 - Giudice Cruciolli.

PREVIDENZA e infortunistica - rilascio certificazione di prevenzione incendi - sicurezza sui luoghi di lavoro - particolare tenuta - sussistenza.

(Art. 20 d.lgs. n. 139/2006; art. 4, all. I 69.2B D.p.r.

151/2011; artt. 64 c. 1, lettera a), all. IV, par. 1.5 e 68 c. 1 lett. b) del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81)

Il titolare delle attività esposte ai rischi derivanti dall'impiego o dalla detenzione di materiali incendiabili e dunque sottoposte a certificazione antincendi deve chiedere il rilascio della certificazione stessa, nonché il rinnovo a seguito della scadenza del certificato originario. In caso di inadempimento, la condotta è sanzionabile ai sensi dell'art. 20 d.lgs. n. 139/2006.

Ai fini dell'affermazione di responsabilità per il reato di cui all'art. 20 del d.lgs. 139/2006, il quale espressamente si rivolge ai titolari di una delle attività soggette al rilascio del certificato di prevenzione incendi, risulta determinante la collocazione dello stabilimento tra quelli individuati nell'Allegato I al d.P.R. 151/2011.

In tema di sicurezza sui luoghi di lavoro, integra il reato di cui agli artt. 64, comma primo, lett. a), all. IV, par. 1.5 e 68 comma primo, lett. b) del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, l'impossibilità di aprire le porte delle uscite d'emergenza nel senso dell'esodo e l'ingombro e l'effettiva impossibilità di fruizione delle stesse.

La particolare tenuta del fatto deve essere desunta dalle modalità della condotta e dall'esiguità del danno o del pericolo; il comportamento non abituale deve essere desunto dall'assenza di dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza ovvero dall'assenza di reiterazione di comportamenti delittuosi della stessa indole, ovvero, ancora, dalla tipologia di reato che non deve essere a condotte plurime, abituali, reiterate (Nel caso di specie, sussistono tali requisiti, vista l'incensuratezza dell'imputato, il danno ed il pericolo di speciale tenuta, la condotta priva dei caratteri di gravità, l'inesistenza di alcun rischio e/o pericolo in virtù della cessione dell'azienda e del rilascio dei locali al proprietario).

I.SIC.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 20 dicembre 2017 – Giudice Vignola.

REATI contro il patrimonio - furto in abitazione - luogo destinato a privata dimora o pertinenze di esso - reparto ospedaliero - sussistenza.

(Art. 624 bis c.p.)

Sussiste la penale responsabilità dell'imputato in ordine al reato di furto in abitazione quando si sia introdotto nelle pertinenze di luogo destinato anche a privata dimora, tale essendo il reparto ospedaliero, di cui la sala medica costituisce pertinenza.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 dicembre 2017 – Giudice Lovesio.

REATI contro la persona - diffamazione - offesa arreccata col mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità - esercizio del diritto di critica - assoluzione.

(Artt. 51 e 595 c.p.)

Deve assolversi l'imputato dal reato di diffamazione aggravata dall'uso del mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità quando la missiva diffamatoria può essere considerata esercizio del diritto di critica in quanto le frasi inopportune sono comunque riferite all'attività svolta e non alla persona in quanto tale.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 13 gennaio 2017 – Giudice Maggio.

REATI contro la pubblica amministrazione – resistenza a un pubblico ufficiale – coscienza e volontà di commettere le resistenze – intenzione di ostacolare il servizio di foto segnalamento – violenza o minaccia durante il compimento dell'atto d'ufficio – sussistenza.

(Art. 337 c.p.)

REATI contro la pubblica amministrazione – resistenza a un pubblico ufficiale – rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale – unicità del contesto – pluralità dei soggetti offesi – concorso formale.

(Artt. 337 e 651 c.p.)

Deve riconoscersi la sussistenza della coscienza e volontà dell'imputato di commettere la resistenza, nonché il rifiuto di rendere indicazioni sulla propria identità quando l'imputato era mosso dall'intenzione di ostacolare il servizio di foto segnalamento, dopo aver rifiutato di fornire indicazioni sulla propria identità. Quando la violenza o la minaccia dell'agente nei confronti del pubblico ufficiale è posta in essere durante il compimento dell'atto d'ufficio, con il fine di impedirlo, si ha resistenza ai sensi dell'art. 337 cod. pen.

Può riconoscersi il concorso formale tra i delitti di resistenza e di rifiuto d'indicare la propria identità a pubblici ufficiali, attesa l'unicità del contesto e la pluralità dei soggetti offesi.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 19 dicembre 2017 – Giudice Lepri.

REATI edilizi e paesaggistici – figura del committente - elemento soggettivo - insussistenza.

(Artt. 44, c. 1, lett. c), D.P.R. 380/01 e 181, c. 1 D. Lgs. 42/04)

La qualità di committente di opere abusive ed in zona sottoposta a vincolo paesaggistico non si può desumere automaticamente quale mera conseguenza della propria qualità di comproprietario del terreno ove gli interventi furono eseguiti. Tale qualità non può peraltro, per se sola considerata, consentire di prevenire ad un certo giudizio di responsabilità dell'imputato, necessitando a tal fine ulteriori elementi idonei a dimostrare un coinvolgimento, anche solo morale, del prevenuto nell'esecuzione delle opere di cui trattasi.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, 16 dicembre 2016 – Pres. Merlo – Est. Carta.

REATI fallimentari – bancarotta fraudolenta documentale – regime tributario di contabilità semplificata – obbligo di tenuta dei libri e delle scritture contabili –

inadempimento preordinato a rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio dell'imprenditore – sussistenza.

(Art. 216, c. 1, n. 2, R.D. 267/1942)

In tema di reati fallimentari, il regime tributario di contabilità semplificata, previsto per le cosiddette imprese minori, non comporta l'esonero dall'obbligo di tenuta dei libri e delle scritture contabili previsto dall'art. 2214 cod. civ., con la conseguenza che il suo inadempimento può integrare – ove preordinato a rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio dell'imprenditore – la fattispecie incriminatrice del reato di bancarotta fraudolenta documentale.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 1 febbraio 2017 – Giudice Lepri.

REATI stradali – guida senza patente – depenalizzazione ex D. Lgs. 8/16 – recidiva.

(Art. 116 D.Lgs. 285/92)

La previsione dell'art. 5 D. Lgs. 8/16 non opera al fine di sostituire il concetto di recidiva nel biennio, ma al mero fine di integrarlo, rendendo rilevante allo scopo non più solo il pregresso accertamento giudiziale del reato depenalizzato, ma anche il pregresso accertamento del fatto attualmente previsto come illecito amministrativo ed a condizione, ovviamente, che quest'ultimo sia stato commesso successivamente alla entrata in vigore del decreto che ridisegna la fattispecie.

Pertanto, l'art. 5 D. Lgs. 8/16 ha la funzione di integrazione della fattispecie contravvenzionale, rispetto alla quale concorre alla definizione di recidiva, con la conseguenza che la recidiva di cui ci si occupa risulta integrata non più solo quando risulti il precedente giudizio specifico, ma anche quando risulti una precedente violazione amministrativa definitivamente accertata.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 dicembre 2017 – Giudice Vinelli.

SEQUESTRO preventivo finalizzato alla confisca – nesso strumentale tra “res” e reato – presupposti.

(Artt. 240 c.p. e 321 c.p.p.)

Il sequestro preventivo di cosa di cui è consentita la confisca implica l'esistenza di uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra “res” e reato, in quanto nel perseguimento dei fini di difesa sociale i diritti patrimoniali dei singoli non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l'attività criminosa.

PA.PITT.