

**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 Dimumondo, Luciano Di Noto, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, 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:

Rossella Atzeni, Elena Bassoli (E.B.), Lavinia Botto, Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cuomo Ulloa, Rösario D'Arrigo (R.D'AR.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Carlo Iavicoli, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione famiglia e minori:

Cinzia Miniotti, Giuliana Tondina

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

Sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale:

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

Collaborano

Sezione di diritto civile:

Alessio Abbene (AL.AB.), Roberta Anania (R.A.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Francesca Bartolini (F.BART.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Mirko Cazzaniga (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.), 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.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Carlo Fava, Attilio Fagiani, Andrea Ferreccio (A.FRC.), Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Antonio Fontana (A.FONT.), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Giovanna Galione (G.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.), Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giu-

seppe 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.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), Francesca Maoli, Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marris, 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, Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, 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, Alberto Princiotta, 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 Rovegno (GUR.), Anna Ruberto, Alessandro Saccmani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Federico Semino (FD.SMN.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Ambra Testoni (A.T.), Stefano Torchio (S.TOR.), Fabio Torriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Jenny Verduci (J.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.B.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Marco Castagnola (M.C.), Daniele Ferrari (D.F.), Damiano Fiorato, Alessia Fusco (A.FUS.), Sarah Garabello (SAR.G.), Luca Leonardi (L.L.), Andrea Macchiavello (A.M.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Maria Paola Pessagno, Federico Ponte (F.P.), Luca Sanguato, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

Sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Alessia Baldassarre (A.BAL.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Massimiliano Ferrando (M.F.), Elizabeth Frixione (EL.FRX.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), 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.), Michele Ciravagna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, Giovanni Battista Gramatica, M. Francesca Lanznaster, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Maria Montemagno (M.MG.), Emanuele Olcese, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Chantal Torrigino (CH.T.)

Direttore responsabile:  
 Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione:

De Ferrari Comunicazione S.r.l.,  
 via D'Annunzio 2 · 16121 Genova  
 Tel 010 0986820/21/22 · Fax 010 0986823  
[www.editorialetipografica.com](http://www.editorialetipografica.com)  
[editorialetipografica@editorialetipografica.com](mailto:editorialetipografica@editorialetipografica.com)

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

# Indice

---

## Sezione di diritto civile

### Sentenze e Ordinanze

- Tribunale di Genova, sez. lav., 22 gennaio 2015	<b>3</b>
Con nota di Francesca Caimo	
<i>La tutela risarcitoria conseguente alla violazione della disciplina della successione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego</i>	<b>5</b>
- Tribunale di Genova, sez. III civ., 31 ottobre 2014	<b>8</b>
Con nota di Simonetta Cocconi	
<i>Ricusazione del Giudice nel procedimento di sfratto</i>	<b>9</b>
- Tribunale di Genova, sez. I civ., 27 aprile 2015	<b>10</b>

### Massime

### Documenti

- <i>Il giuramento: quando le parole diventano pietre.</i>	<b>23</b>
Marcello Castiglione	
- <i>La composizione delle crisi da sovraindebitamento dei privati</i>	<b>27</b>
Armando Salati	
- <i>Sottrazione internazionale e audizione del minore nell'ambito del procedimento per il rimpatrio: quando la volontà del minore coincide con il suo "superiore interesse"</i>	<b>35</b>
Francesca Maoli	
- <i>Arbitrato libero o irruale: un'anomalia dell'ordinamento giuridico italiano</i>	<b>42</b>
Enrico Righetti	
- <i>Educazione giuridica e università</i>	<b>48</b>
Enrico Zanelli	

### Recensioni e segnalazioni

- Andrea Fusaro. <i>Tendenze del diritto privato in prospettiva comparistica.</i>	<b>51</b>
---	-----------

---

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

### Sentenze e Ordinanze

- Tar Liguria, sez. I, sent. 19 maggio 2014	
- Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 12 febbraio 2015	<b>52</b>

### Documenti

- <i>Il numero dei consiglieri regionali in Liguria: una storia infinita...</i>	
Lara Trucco	<b>53</b>
- <i>Le modifiche allo Statuto della Regione Liguria sull'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale, sul numero degli assessori e sugli organi ausiliari (legge statutaria 18 maggio 2015, n. 1)</i>	
Enrico Albanesi	<b>56</b>
- <i>L'identità di genere tra anatomia e autonomia: la nuova interpretazione della legge n. 164/1985</i>	
Daniele Ferrari e Damiano Fiorato	<b>63</b>

---

## Sezione di diritto tributario

Massime	<b>67</b>
---------	-----------

---

## Sezione di diritto penale

Massime	<b>72</b>
Rassegna di giurisprudenza	
- <i>Particolare tenuità del fatto</i>	
M. Francesca Lanznaster	<b>77</b>

**L'Ordine degli Avvocati di Genova ringrazia**



**BANCA PASSADORE & C.**

BANCA PRIVATA INDEPENDENTE FONDATA NEL 1888



## Sezione di diritto civile

# Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, sez. lav., 22 gennaio 2015, n. 61 - Giudice Unico Barenghi - A.E. (Avv.ti De Bartolo e Imbruglia) c. Comune di Z. (Avv. Barilati).

**LAVORO - pubblico impiego - illegittimità della successione dei contratti a tempo determinato - divieto di conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato - prova del danno effettivamente subito dal lavoratore - necessità di non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario - risarcimento del danno subito dal lavoratore - c.d. "danno comunitario" - nozione.**

*In materia di rapporto di pubblico impiego, l'illegittima successione di contratti a tempo determinato fra le stesse parti non fa sorgere il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro, atteso l'espresso divieto di conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato.*

*Il lavoratore ha tuttavia diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative e la nozione di danno applicabile alla fattispecie deve essere quella di "danno comunitario".*

*La prova del danno subito dal lavoratore non deve essere interpretata con particolare rigore, perché ciò darebbe luogo a una violazione del diritto comunitario, in specie dei principi di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della p.a. di contratti a termine.*

*Pertanto, dal punto di vista probatorio, è sufficiente che il ricorrente fornisca elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di una situazione di abusivo ricorso ai contratti a termine in suo danno, spettando alla amministrazione convenuta l'onere di provare l'insussistenza dell'abuso.* (1)

### Motivi della decisione.

Con ricorso depositato in cancelleria in data 27/6/2014 Assandri Elena lamentando di aver prestato attività a beneficio del Comune di Zoagli in forza di una successione, senza soluzione di continuità, di collaborazioni coordinate e continuative e successivamente di diversi contratti a tempo determinato l'ultimo dei quali sottoscritto in data 1/5/2012, affetti ciascuno da nullità, ha convenuto in giudizio l'Amministrazione comunale al fine di sentire dichiarare la inefficacia ovvero la nullità di tali contratti ed ottenere il risarcimento del danno nella misura pari alle retribuzioni decorrenti tra la cessazione d'ifatto del rapporto lavorativo, intervenuta il 31/12/2013, e la cessazione che lo stesso avrebbe avuto con il raggiungimento dell'età pensionabile; in subordine la lavoratrice ha chiesto la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno nella misura pari a 20 mensilità; ulteriori domande proposte dalla ricorrente sono state rinunziate.

Il Comune di Zoagli si è costituito in giudizio, contestando la fondatezza delle domande avanzate in ricorso, eccependo altresì la nullità di talune di esse.

Preliminarmente occorre premettere che la ricorrente ha dichiarato la propria rinuncia alle domande formalizzate ai

punti C e D delle conclusioni, vale a dire quelle aventi ad oggetto il pagamento dell'indennità prevista per l'utilizzo del videoterminal ed il diritto ad essere valutata in conformità all'art 6 del CCNL stipulato il 31/7/1999, pertanto su tali pretese è venuta meno la materia del contendere.

Il Tribunale è quindi chiamato a pronunciare sulla domanda avente ad oggetto il riconoscimento del diritto all'inquadramento nella categoria C, diversamente dalla B3 a lei attribuita dall'Amministrazione comunale, nonché su quella diretta all'accertamento della inefficacia della totalità dei contratti conclusi con la lavoratrice con decorrenza dal 5/4/2005.

Rispetto alla prima domanda, il Comune di Zoagli ha eccepito la nullità, non rinunciando peraltro a svolgere copiose difese nel merito.

L'eccezione di nullità non è fondata, avendo parte attrice indicato in ricorso l'oggetto della pretesa, vale a dire il diritto all'attribuzione della qualifica superiore, e le ragioni di diritto, costituite dalla corrispondenza delle mansioni svolte alla categoria C del CCNL comparto Enti locali; nel merito la domanda non può avere accoglimento, in quanto le stesse deduzioni di fatto svolte in ricorso palesano la correttezza dell'inquadramento concretamente dato dal Comune convenuto.

La ricorrente ha infatti allegato di essersi occupata della gestione delle delibere della Giunta e del Consiglio comunale confrontando il testo proposto con quello approvato e della gestione degli impegni di spesa con attività di imputazione al pertinente capitolo di spesa e predisposizione del mandato di pagamento.

Tali mansioni, pur effettivamente svolte, possono ricondursi alla declaratoria propria della categoria B del CCNL che contempla attività caratterizzate da buone conoscenze specialistiche, con discreta complessità dei problemi da affrontare; del resto in ricorso manca l'indicazione dello svolgimento di compiti comportanti l'uso di approfondite conoscenze specialistiche.

La domanda che si appunta sul ricorso abusivo ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa per il periodo sino al 30 settembre 2007 e, a far data dal 1 ottobre 2007 e sino al 31 dicembre 2013, ai contratti a tempo determinato è fondata, salve le precisazioni che verranno svolte nella presente sentenza.

Risulta pacifico che il Comune di Zoagli ha utilizzato in via continuativa la prestazione lavorativa della ricorrente con decorrenza dal 5/4/2005 e sino al 31/12/2013, per un periodo eccedente otto anni; invero l'ultimo contratto a tempo determinato concluso con l'Assandri è giunto a scadenza il 30/10/2013, ma dal documento 11 bis prodotto da parte attrice emerge che l'Amministrazione ha impiegato la ricorrente ha per il periodo successivo alla scadenza del suddetto contratto e sino al 31/12/2013.

Il Comune convenuto a fronte della dedotta nullità del ricorso a siffatti contratti non ha minimamente contestato la contrarietà alle norme legali della successione di tali contratti, limitandosi a contestare, con plurimi richiami giurisprudenziali, la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento di un danno risarcibile; il giudicante rileva che l'illegittimità



della successione di contratti di collaborazione coordinata e continuativa e dei successivi contratti a termine emerge agevolmente dal fatto che la concreta successione dei contratti configura una violazione dell'art 36 comma 2 DLVO 165/2001 che consente alla PA di usare forme contrattuali flessibili di impiego del personale in presenza di esigenze temporanee e eccezionali; la temporaneità dell'esigenza risulta smentita dallo svolgimento di un'attività lavorativa ininterrotta per un periodo superiore ad otto anni.

Per negare il risarcimento del danno richiesto dalla ricorrente, l'Amministrazione comunale nella memoria difensiva ha richiamato il principio, somministrato da CGUE con sentenza n. 50 del 12/12/2013, che il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati accertati abusi nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato, spettando alle autorità nazionali adottare misure dirette a dare effettiva attuazione al diritto comunitario; da tale ricostruzione effettuata dalla Corte di Giustizia il convenuto trae il principio per cui anche nel rapporto controverso deve applicarsi la regola generale sull'onere della prova ex art 2697 comma 1 CC, non essendovi ragione per la quale l'onere della prova del risarcimento del danno previsto dall'art 36 comma 5 DLVO 165/2001 debba avere un trattamento diverso da quello previsto per le altre tipologie di danno; detta prova secondo parte convenuta non è stata fornita.

Il Tribunale ritiene questa lettura del sistema normativo complessivo, derivante per l'appunto dall'integrazione del diritto nazionale nel diritto comunitario di rango superiore, non condivisibile.

Invero punto di partenza è dato dall'art 36 comma 5 del DLVO 165/2001 che dispone che la violazione di disposizioni imperative da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, accordando al lavoratore interessato il diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative;

richiamata tale norma, va rilevato come un'applicazione meramente letterale imperniata sull'individuazione del fattore generatore del danno nella prestazione di lavoro, unitamente all'operatività della norma fondamentale di distribuzione dell'onere della prova, art 2697CC, non abbiano soddisfatto, nella frequente applicazione data negli anni dai giudici di merito, i requisiti della equivalenza, rispetto al bene della conversione del contratto a termine, e della effettività della misura siccome previsti dalla totalità delle sentenze della Corte di Giustizia per riparare all'utilizzo abusivo; in altri termini prevedere che il diritto al risarcimento derivi dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative, senza alcun meccanismo di inversione ovvero di attenuazione dell'onere della prova come è stato fatto nella normativa di repressione delle condotte discriminatorie, conduce ad una sostanziale elusione delle regole comunitarie dettate con le clausole dell'accordo quadro allegato alla direttiva n 1999/70 e dalla giurisprudenza della CGUE.

In termini analoghi questo giudice si è pronunziato con ordinanza nella causa promossa dal Dr Franco contro l'INPS. Anche la Corte cassazione con la recente sentenza n 27481/2014 ha dato una interpretazione della disposizione nazionale in punto danno conforme, ovvero non avulsa dalle norme di fonte comunitaria:

Ha infatti rilevato la Suprema Corte:

“Conseguentemente - fermo restando che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non

può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, - il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36 comma 5, nella parte in cui prevede “il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”, deve essere interpretato nel senso che la nozione di danno applicabile nella specie deve essere quella di “danno comunitario”. In altri termini, si deve trattare di un risarcimento conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro - che può provare l'esistenza di eventuali ripercussioni negative evitabili dall'interessato che possono essere escluse - mentre l'interessato deve limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze “falsamente indicate come straordinarie e temporanee” essendo esonerato dalla costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito (senza riguardo, quindi, ad eventuale aliunde perceptum).

Aggiunge la Corte “Pertanto, dal punto di vista probatorio, salvo restando la possibilità per il lavoratore di fare ampio uso della prova presuntiva, dall'ordinanza Papalia si desume che il regime probatorio da applicare dovrebbe essere analogo - mutatis mutandis - a quello che si applica per le discriminazioni (in base alla normativa UE, vedi per tutti: L. n. 125 del 1991, art. 4), secondo cui basta che il ricorrente fornisca elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di una situazione di abusivo ricorso ai contratti a termine in suo danno, spettando alla amministrazione convenuta l'onere di provare l'insussistenza dell'abuso. Deve essere, peraltro, considerato che se il ristoro deve essere completo - sia per quanto riguarda il danno da perdita di lavoro inteso in senso ampio sia per quel che concerne gli aspetti retributivi - lo stesso diritto UE richiede che si tratti di un ristoro proporzionato alla singola fatispecie.”

Essendo il ricorso abusivo ai contratti flessibili documentalmente provato, il Comune convenuto deve essere condannato a risarcire il danno derivato, che viene quantificato in cinque mensilità della retribuzione linda percepita nel dicembre 2013, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali, tenuto conto dei criteri della durata non modesta dei singoli contratti e della durata complessiva del rapporto; viene altresì considerata ai fini della determinazione del quantum, la circostanza che non risulta provato che la ricorrente abbia ricevuto concrete offerte di lavoro a tempo indeterminato nel periodo in cui ha lavorato presso l'Amministrazione comunale.

Tenuto conto della soccombenza dell'Amministrazione rispetto alla domanda di risarcimento del danno da abuso, le spese di lite possono essere compensate nei limiti della frazione di un terzo.

Per la residua frazione il Comune viene condannato a rifondere parte attrice.

#### P.Q.M.

Definitivamente pronunciando

Dichiara l'illegittimità della successione dei contratti di lavoro stipulati dal Comune di Zoagli ed intercorsi con la ricorrente con decorrenza dal 5/4/2005;  
condanna per l'effetto il Comune di Zoagli in persona del Sindaco pro tempore, a corrispondere alla ricorrente a titolo



di indennizzo la somma pari a cinque mensilità della retribuzione lorda che è stata percepita nel dicembre 2013; oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali decorrenti dal 1/1/2014 al saldo.

Condanna il Comune di Zoagli a rifondere a parte ricorrente la frazione di due terzi delle spese di lite, frazione che si liquidà in € 1800,00; oltre al rimborso forfettario nella misura del 15%, al rimborso del CU per € 259,00 ed IVA e CPA; compensa tra le parti la residua frazione. Riserva il termine di giorni 60 per il deposito della sentenza.

**(1) La tutela risarcitoria conseguente alla violazione della disciplina della successione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e la questione della prova del danno subito dal lavoratore.**

**Sommario:** 1. *Introduzione: le questioni affrontate dalla sentenza n. 61/2015 del Tribunale di Genova;* - 2. *L'illegittimità del contratto a termine;* - 3. *Le conseguenze della violazione: preclusione della conversione del contratto;* - 4. *Il risarcimento del danno subito dal lavoratore;* - 5. *La prova del danno;* - 6. *La misura del risarcimento del danno.*

**1. Introduzione: le questioni affrontate dalla sentenza n. 61/2015 del Tribunale di Genova.**

Con la sentenza n. 61/2015 il Tribunale di Genova esamina la questione dell'illegittima reiterazione, da parte della Pubblica Amministrazione, di contratti a tempo determinato e delle sue conseguenze.

Il caso sottoposto al giudizio del Tribunale di Genova trae origine dal ricorso presentato da una lavoratrice che aveva prestato la propria attività lavorativa alle dipendenze del Comune Di Zoagli per un periodo continuativo di 104 mesi, tra l'aprile 2005 ed il dicembre 2013, in forza di (sette) contratti per prestazioni rese in regime di collaborazione coordinata e continuativa e poi di (cinque) contratti a tempo determinato.

Il Tribunale di Genova, dopo aver giudicato illegittima la successione dei contratti a tempo determinato operata dal datore di lavoro, si occupa delle conseguenze di tale violazione.

L'art. 36, comma 5, del D.lgs. 165/2001 preclude la possibilità di convertire il rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato tra le parti.

Il Giudice passa ad esaminare la domanda attorea di risarcimento del danno derivato dalla violazione della normativa in materia di successioni di contratti a termine.

Richiamata l'interpretazione compiuta dalla Corte di Giustizia dell'U.E. sul corretto inquadramento del comma 5 dell'art. 36 del D.lgs. 165/2001 in conformità alla normativa e alla giurisprudenza comunitarie, il Tribunale di Genova afferma che, qualora si sia verificato un ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato, il giudice dello Stato membro ha l'obbligo di applicare una misura che presenti garanzie effettive di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare la conseguenze della violazione del diritto comunitario.

Il Giudice, dopo aver richiamato l'interpretazione compiuta dalla Corte di Giustizia dell'U.E. sul corretto inquadramento del citato comma 5 dell'art. 36 del D.lgs. 165/2001 in conformità alla normativa e alla giurisprudenza comunitarie e citato l'innovativa sentenza della suprema Corte di Cassazione n. 27481 del 30 dicembre 2014, stabilisce che la prova

del danno in oggetto non deve essere interpretata con particolare rigore, perché le modalità di applicazione delle norme nazionali dei singoli Stati membri non devono rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Per quanto riguarda la misura del risarcimento del danno, il Tribunale di Genova, pur non indicando quale sia la disciplina di riferimento ai fini della commisurazione dello stesso, lo quantifica in cinque mensilità della retribuzione lorda percepita dalla lavoratrice nel 2013, oltre rivalutazione monetaria ed interessi, tenuto conto della durata non modesta dei singoli contratti e della durata complessiva del rapporto lavorativo.

**2. L'illegittimità del contratto a termine.**

La decisione del Tribunale di Genova in commento si pone nell'ambito di un'evoluzione giurisprudenziale sulla delicata questione delle conseguenze dell'abuso di contratti a termine da parte della pubblica amministrazione.

L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 dalle organizzazioni intercategoriali a carattere generale della Comunità europea, Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP), Confederazione europea dei sindacati (CES), ha previsto, alla clausola 5.1, che *“Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:*

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;*
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;*
- c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti”.*

Al fine di dare attuazione all'accordo quadro, il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato la direttiva n. 1999/70/CE del 28 giugno 1999, in base alla quale *“Gli Stati membri mettono in atto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi entro il 10 luglio 2001 o si assicurano che, entro tale data, le parti sociali introducano le disposizioni necessarie mediante accordi. Gli Stati membri devono prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla presente direttiva. Essi ne informano immediatamente la Commissione”*

Il D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (cd. *Testo Unico del Pubblico Impiego*) con le successive modifiche e integrazioni prevede, all'art. 36, comma 2, che *“per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti”*.

Il D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 in materia di contratto a termine, attuativo della direttiva comunitaria 1999/70/CE, prevede all'art. 5, comma 4-bis che *“qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di*



*interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato.*

Pertanto, del tutto illegittima risulta la proroga e/o la reiterazione di tali contratti a tempo determinato per un periodo superiore al limite massimo di 36 mesi consentito dalla legge.

### 3. Le conseguenze della violazione: preclusione della conversione del contratto.

La giurisprudenza è ormai da tempo consolidata nel ritenere che nell'ambito del pubblico impiego la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori non possano dar luogo alla costituzione o alla conversione del rapporto in uno a tempo indeterminato.

Ciò poiché nell'ambito del pubblico impiego l'art. 36, comma 5, del D.lgs. 165/2001 stabilisce che “*(...) la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative (...).*

La Corte Costituzionale, con sentenza 13 marzo 2003, n. 89, ha riconosciuto la conformità della norma citata ai parametri degli artt. 3 e 97 della Costituzione, ritenendo che l'assimilazione tra rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. e quello alle dipendenze di un imprenditore privato non esclude la permanenza di distinzioni tra i diversi regimi. Dette distinzioni sono giustificate, quanto al profilo genetico del contratto, dal principio dell'accesso mediante concorso, previsto dall'art. 97, terzo comma, Cost., in materia di pubblico impiego: principio che a sua volta è corollario dei principi fondamentali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione sanciti dal primo comma) e che impedisce di ritenere irragionevole la disparità di trattamento tra lavoratori privati e lavoratori occupati presso la p.a..

### 4. Il risarcimento del danno subito dal lavoratore.

Cionondimeno, la maggior parte della giurisprudenza di merito, confermata anche dalla Suprema Corte, ha riconosciuto che dalle violazioni, da parte della p.a., delle disposizioni in materia di successione di contratti a tempo determinato deriva comunque il diritto del lavoratore al risarcimento del danno.

E ciò in forza della disposizione del sopra citato comma 5 dell'art. 36 secondo cui “*Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*” e della sua ‘interpretazione necessariamente conforme all'ordinamento comunitario.

Già la direttiva 1999/70/CE, che ha recepito l'accordo quadro concluso tra le organizzazioni intercategoriali UNICE, CEEP e CES, ha imposto agli Stati membri di introdurre nei rispettivi ordinamenti norme idonee a prevenire e a sanzionare l'abuso nella successione di contratti a tempo determinato, prescrivendo l'adozione di misure relative (a) alle ragioni giustificatrici del rinnovo dei suddetti contratti a tempo determinati, (b) alla durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi e (c) al numero di rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

Tale direttiva e l'accordo quadro hanno portata generale e non prevedono distinzioni di disciplina tra rapporti di lavoro alle dipendenze di imprese private e rapporti alle dipendenze di pubbliche amministrazioni.

Con la sentenza del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, la Corte di Giustizia dell'U.E. si è espressa in tal senso, ritenendo che tanto la direttiva 1999/70/CE quanto l'accordo quadro recepito “*si applicano ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico*”.

Pertanto, affinché una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 36 del D.lgs. 165/2001 che vieta nel settore pubblico la trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, possa essere considerata conforme alla direttiva e all'accordo quadro, occorre che l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato preveda un'altra misura “*che presenti garanzie effettive di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario*” (sentenza del 23 aprile 2009, Angelidaki e altri da C-378/07 a C-380/07, punto 160).

In sostanza, “*spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche abbastanza effettivo e dissuasivo da garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro*” (cfr. citata sentenza Angelidaki, punto 158 e citata sentenza Marrosu e Sardino, punto 51. Si vedano anche: sentenza 4 luglio 2006, Adeneler e altri, C-212/04, punto 94; sentenza 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, punto 36; ordinanza 12 giugno 2008, Vassilakis e altri, C-378/07, punto 125).

Ancora, la giurisprudenza comunitaria ha sancito che “*Seppure, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria in materia, le modalità di applicazione di tali norme spettino all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi, esse non devono, però, essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)*” (cfr. citata sentenza Angelidaki, punto 159. Si vedano anche: citate sentenze Adeneler e altri, punto 95; Marrosu e Sardino, punto 52; Vassallo, punto 37; citata ordinanza Vassilakis e altri, punto 126).

### 5. La prova del danno.

L'importanza della decisione in commento si rivela nella parte dedicata alla prova del danno che il lavoratore deve fornire.

Infatti, secondo il Tribunale di Genova, dai principi comunitari sopra menzionati deriva che una interpretazione di particolare rigore circa la prova del danno darebbe luogo ad una violazione del diritto comunitario, in specie del principio di effettività.

In effetti, la prova del danno concreto subito rischia di essere per il lavoratore una prova molto difficile, se non impossibile, da fornire, poiché impone allo stesso di dimostrare la perdita di opportunità di lavoro e quella conseguente del lucro cessante. Il Giudice, quindi, ponendosi sulla scia dell'innovativa sentenza n. 27481 del 30 dicembre 2014 depositata dalla Corte di Cassazione pochissimo tempo prima della decisione in commento (e sulla quale ci si diffonderà meglio *infra*), ha riconosciuto, nel caso di illegittima reiterazione dei contratti a termine da parte della p.a., la configurabilità, in capo al lavoratore, di un “danno comunitario” che il lavoratore è esonerato dal dimostrare.

Le conclusioni cui giunge il Tribunale di Genova (così come, poco prima, la Suprema Corte) nella sentenza in commento risultano assolutamente innovative rispetto ad altre pronunce in materia.





A titolo esemplificativo, secondo un'altra precedente decisione del Foro genovese, il risarcimento di cui all'art. 36 del D.lgs. 165/2001 ha ad oggetto specifici, concreti pregiudizi, che devono essere allegati e provati, anche ai fini della liquidazione equitativa, poiché “*l'ordinamento italiano non conosce alcun risarcimento del danno con funzione meramente sanzionatoria o dissuasiva e non consente alcun risarcimento senza previo accertamento dell'effettiva esistenza del danno; lo stesso riferimento, contenuto nell'art. 36, al concetto di risarcimento del danno, anziché a quello di indennizzo o indennità, esclude che la disposizione abbia inteso riconoscere una somma con finalità meramente sanzionatorie*” (Tribunale di Genova, sez. lav., 14 gennaio 2014, n. 30, dott. Magnanensi).

Secondo tale approccio (in linea con quello che sino a oggi parrebbe l'orientamento prevalente), è pertanto da respingersi qualunque interpretazione del danno come *in re ipsa*, in quanto essa comporterebbe uno snaturamento della funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento del danno stesso, bensì quale pena privata per un comportamento lesivo (cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972).

Infatti, l'attribuzione di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione e disgiunta dalla prova di un danno finirebbe con il configurarsi come sommacastigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base di un inadempimento, che tuttavia non è riconosciuta nel nostro ordinamento giuridico (cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, 12 luglio 2006, n. 1459).

Il lavoratore è quindi onerato dell'allegazione e della prova degli specifici e concreti pregiudizi subiti, da assolversi in giudizio “*con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento e, quindi, anche attraverso la prova per presunzioni, sottoponendo alla valutazione del giudice precisi elementi in base ai quali sia possibile risalire attraverso un prudente apprezzamento alla esistenza dei danni denunciati*” (Cass. Civ., 12 gennaio 2012, n. 392).

Pertanto, l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno esige la prova, anche presuntiva, dell'esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità, e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile, quali, ad esempio, specifiche occasioni di lavoro perse a causa dell'attività lavorativa prestata in forza dei contratti a termine, eventuali richieste di credito bancario respinte a causa della precarietà dell'impiego, concrete ricadute dell'attività lavorativa sulle scelte di vita e familiari del lavoratore, ovvero eventuali danni all'immagine, alla professionalità, o biologico scaturenti dall'esecuzione dei contratti a termine (cfr. cit. Tribunale di Genova, sez. lav., 14 gennaio 2014, n. 30, dott. Magnanensi).

Altra giurisprudenza, pur non affrontando direttamente il problema della prova del danno, pone tuttavia l'accento sul carattere sanzionatorio della tutela accordata al lavoratore: la misura dell'adeguatezza e dell'effettività è data non soltanto dall'idoneità dello strumento a riparare il danno sofferto, ma anche dalla forza dissuasiva che è propria dei meccanismi sanzionatori (Tribunale di Genova, sez. lav., 14 dicembre 2006, n. 2230, dott. Basilico, confermata dallo stesso giudice nel 2014, con la sentenza n. 709 del 18 giugno/14 agosto 2014).

Innovativa, sul punto, risulta - come si diceva - la recente sentenza della Corte di Cassazione del 30 dicembre 2014, n. 27481, che ha introdotto il concetto di cd “danno comunitario” per il caso di reiterazione abusiva di contratti a tempo determinato da parte della p.a..

Dopo aver ribadito che, in tale ipotesi, è preclusa la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in uno a tempo indeterminato, la Suprema Corte precisa che, al fine di ottenere il risarcimento del danno, il lavoratore deve fornire soltanto la prova, anche per presunzioni, dell'abuso, mentre il danno è *in re ipsa*.

La Corte di Cassazione prende le mosse dall'ordinanza della Corte di Giustizia Europea 12 dicembre 2013 Papalia, C-50/13, con la quale è stato affermato che la prova del danno richiesta dal diritto nazionale potrebbe rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del lavoratore, dei diritti attribuitigli dall'ordinamento europeo. Infatti, secondo la Corte di Giustizia, se un giudice nazionale ha negato il risarcimento del danno al lavoratore perché lo stesso non ha fornito alcuna deduzione o allegazione in merito al danno patito, la statuizione è contraria al diritto comunitario (e, in particolare, alla clausola 5 dell'accordo quadro) e come tale va censurata.

L'orientamento ermeneutico della Suprema Corte di Cassazione, prevalente fino alla sentenza n. 27481/2014, aveva escluso la sussistenza nell'ordinamento italiano del rischio che il lavoratore del settore pubblico fosse privato della possibilità di chiedere il risarcimento del danno che egli ritenesse di aver subito a causa dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine, poiché allo stesso era consentito ricorrere alla prova per presunzioni, consistenti in elementi gravi, precisi e concordanti, i quali, pur non potendo essere qualificati come prova compiuta, possono fondare il convincimento del giudice riguardo all'esistenza del danno.

A tal proposito, la citata sentenza della Corte di Cassazione n. 27481/2014 appare rivoluzionaria in quanto non ritiene sufficiente, ai fini della conformità dell'ordinamento al diritto comunitario, la possibilità, riconosciuta al lavoratore, di fare ricorso alla prova presuntiva per dimostrare il danno subito. Secondo la Suprema Corte, l'art. 36, comma 5, del D.lgs. 165/2001, laddove prevede che il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative, deve essere interpretato nel senso che la nozione di danno applicabile nelle specie deve essere quella di “danno comunitario”.

In altri termini, “*il risarcimento del danno deve essere conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della p.a. di contratti a termine, configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro - che può provare l'esistenza di eventuali ripercussioni negative evitabili dall'interessato che possono essere escluse - mentre l'interessato deve limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze falsamente indicate come straordinarie e temporanee esendo esonerato dalla costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di una danno effettivamente subito (senza riguardo, quindi, ad eventuale aliunde perceptum)*”.

Pertanto, dal punto di vista probatorio, salva restando la possibilità per il lavoratore di fare ampio uso della prova presuntiva, è sufficiente, secondo la Suprema Corte, che il ricorrente fornisca elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di una situazione di abusivo ricorso ai contratti a termine in suo danno, spettando all'amministrazione convenuta l'onere di provare l'insussistenza dell'abuso.

Tale impostazione è stata confermata, poco tempo dopo, da un'altra recentissima sentenza della Corte di Cassazione, la n. 1260 del 23 gennaio 2015, con la quale in una fattispecie analoga è stato ribadito il principio sopra citato.



Per completezza, si segnala che, qualora ci si trovi al di fuori del caso di abuso di successione di contratti a termine, come ad esempio nel caso di illegittimità sotto il profilo della causale, la giurisprudenza prevalente ritiene che il danno che deriva dall'invalidità del contratto a termine segua, sotto il profilo della prova, le regole generali e non quelle meno onerose per il lavoratore imposte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (e della citata sentenza della Corte di Cassazione).

Si tratta infatti di invalidità, di stampo in gran parte formali, e dunque di fattispecie che vanno risolte sulla base delle regole risarcitorie generali (cfr. Corte D'Appello di Genova, 28 novembre 2014, n. 372).

#### 6. La misura del risarcimento del danno.

Per quanto riguarda la misura del risarcimento del danno subito dal lavoratore in conseguenza del ricorso abusivo alla contrattazione a termine nel pubblico impiego, non vi è un orientamento giurisprudenziale univoco.

Secondo un primo indirizzo, più favorevole al lavoratore, la condotta dell'amministrazione configura un'ipotesi di responsabilità da contratto sociale, con conseguente obbligo di risarcire tutte le conseguenze causalmente riconducibili a tale comportamento (da valutare caso per caso secondo le regole di cui agli artt. 1218, 1223, 1225, 1227, cod. civ.), compreso l'eventuale lucro cessante futuro, quantificabile in un importo pari alle retribuzioni future per il periodo compreso tra alla cessazione del rapporto per effetto del termine illegittimo e la cessazione che lo stesso avrebbe avuto con il raggiungimento dell'età pensionabile da parte del ricorrente (Tribunale di Trapani, 15 febbraio 2013, n. 90).

Altra parte della giurisprudenza ritiene invece possibile l'utilizzo di criteri indicati dal legislatore in riferimento a fattispecie diverse.

Nell'ambito di questo secondo indirizzo, vi è chi ha individuato nell'art. 18 della legge 300/2012 (nel testo previgente alla legge 92/2012, cd. *Riforma Fornero*) la fonte di una misura appropriata, perché “alla portata strettamente risarcitoria del danno conseguente alla perdita del posto di lavoro abbina l'effetto dissuasivo in ragione della rigidità del valore economico previsto” (Tribunale di Genova, 18 giugno 2014 n. 709, dott. Basilico).

Per tali ragioni, tale orientamento ha ritenuto che, commisurando il risarcimento al valore minimo (cinque mensilità, ex art. 18, comma 4) del danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido più la misura sostitutiva della reintegrazione (quindici mensilità, ex art. 18 comma 5), si ottenga l'unica misura contemplata dal nostro ordinamento “che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore e che possa essere applicata al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario” (Tribunale di Genova, 14 dicembre 2006, n. 2230, dott.:Basilico; nello stesso senso: Tribunale di Rossano, 4 aprile 2007 e Tribunale di Roma, 1 febbraio 2012).

Altra parte della giurisprudenza ha rinvenuto, invece, la disciplina della commisurazione dello stesso nell'art. 32 della legge 183/2010 (cd. *Collegato Lavoro*) il quale prevede che, in caso di conversione del contratto a termine illegittimo in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanni il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità omnicomprensiva nella misura compresa tra il minimo di 2,5 ed il massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (ordinanza del Tribunale di Genova, sez. lav., 24 novembre 2014, dott. Barenghi; nello stesso senso: Tribunale di Milano 10 giugno 2011).

Infine, vi è chi, come la Suprema Corte nella citata sentenza n.

27481 del 30 dicembre 2014, ha affermato che, al fine di assicurare il migliore recepimento, in ambito nazionale, della giurisprudenza della Corte comunitaria, il giudice di merito può utilizzare come parametro per la liquidazione del suddetto danno da perdita del lavoro quello indicato dall'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, apparente, invece, da un lato, ingiustificato e riduttivo, il ricorso in via analogica al sistema indennitario omnicomprensivo previsto dalla legge n. 183/2010, che riguarda la diversa ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato nel lavoro privato e, dall'altro, improprio il criterio previsto dall'art. 18 Stat. Lav., anch'esso applicabile ad una fattispecie che non ha alcuna attinenza con il lavoro pubblico.

Francesca Caimo  
Avvocato Foro di Genova

Tribunale di Genova, sez. III civ., 31 ottobre 2014, - Pres e Rel. Dragotto.

**LOCAZIONE - sfratto per finita locazione e contestuale citazione per la convalida - identità del giudice emittente l'ordinanza ex art. 665 c.p.c. con il giudice del merito - ipotesi ex artt. 51 IV comma e 52 c.p.c.**

**PROCEDIMENTO CIVILE - concetto giuridico di diverse fasi del processo - procedimenti cautelari- obbligo astensione ex art. 51 IV comma c.p.c. -insussistenza.**

**PROCEDIMENTO CIVILE - procedimento per convalida di sfratto- ordinanza non impugnabile di rilascio ex art. 665 c.p.c.**

*La circostanza che il Giudice che abbia conosciuto della causa in un altro grado del processo - laddove interpreta in maniera estensiva tale disposizione (art. 52 c.p.c. n.d.r.) da intendersi alla luce dei principi costituzionali del giusto processo, come espressione necessaria del diritto ad una tutela giurisdizionale avanti ad un giudice con le garanzie proprie della giurisdizione, cioè la connaturale imparzialità; in tale ambito l'espressione “altro grado di giudizio” non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari previsto dall'ordinamento, ma deve ricoprendere anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia. (1)*

*Si impone la trattazione del giudizio dinanzi al giudice diverso quando la fase processuale in questione si succede con carattere di autonomia, ha contenuto impugnatorio ed è caratterizzata da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, anche se davanti allo stesso organo giudiziario. La seconda valutazione non diverge, quanto a parametri di giudizio, dalla prima, risultando identici l'oggetto ed il presupposto dell'azione nelle due fasi con la conseguenza che la seconda assume valore impugnatorio con contenuto sostanziale di revisio priori istantiae. Oltre alla valutazione sulla medesima res iudicanda, la fase caratterizzata da contenuto impugnatorio è meramente eventuale, e viene introdotta ad impulso di una delle parti. Il provvedimento emesso al termine della prima fase processuale è solitamente già di per sé idoneo a stabilire definitivamente un assetto dei rapporti tra le parti non meramente incidentale o strumentale e provvisorio ovvero interinale, ma anzi suscettibile, in caso di mancata impugnazione, di assumere valore di pronuncia definitiva con effetto di giudicato tra le parti. (2)*

*Viene escluso che vi possa essere un obbligo di astensione del giudice*



*del merito che avesse già trattato la fase cautelare ante causam, ladove l'azione cautelare ha come presupposti il periculum in mora ed il fumus boni iuris, estranei al giudizio di merito. Il provvedimento cautelare ha come fine quello di tutelare ragioni che possono essere irrimediabilmente compromesse durante il tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria. E da qui il carattere strumentale non al merito della causa ma alla realizzazione del diritto assunto con il provvedimento cautelare che non esprime una valutazione contenutistica su fatti rilevanti per il merito. (2)*

### Motivi della decisione

Il Tribunale di Genova rigetta il ricorso.

1. Ove la parte ricorrente avanza istanza di ricusazione nel processo nel merito per essere il Giudice dello stesso la stessa persona fisica che, ai sensi dell'art. 665 c.p.c. nel procedimento per la convalida di sfratto ha emesso l'ordinanza di rilascio e poi ha proceduto al mutamento del rito ex art. 667 c.p.c. (...) ritenuto che il procedimento bifasico che ci occupa disciplinato dagli artt. 665-668 c.p.c. non riveste le caratteristiche enucleate dalla Giurisprudenza per concludere che la fase di merito si articoli come fase impugnatoria caratterizzata dalla *revisio prioris instantiae*.

2. (...) Che l'art. 667 c.p.c. nell'introdurre la fase di merito annuncia che, dopo la pronuncia del provvedimento di rilascio o di condanna al pagamento delle somme non contestate, il giudizio "prosegue" nelle forme del giudizio speciale, previa l'ordinanza del mutamento del rito. Ed è quindi evidente che non si è di fronte ad una fase processuale ulteriore e del tutto autonoma, introdotta ad impulso di parte, o meramente eventuale, ma piuttosto la prosecuzione del giudizio, dopo la conclusione di una fase anticipatoria e sommaria. Il contenuto e l'effetto anticipatorio, conservativo, istruttorio di un provvedimento impone l'appagamento di esigenze ad esso connesse e non introduce affatto e per ciò stesso una successiva fase impugnatoria.

3. Il provvedimento di rilascio o di pagamento delle somme non contestate è del tutto inidoneo al giudicato e a stabilire definitivamente l'assetto dei rapporti fra le parti, essendo necessariamente destinato ad essere riassorbito dalla sentenza di decisione del giudizio di merito, che a sua volta riassorberà l'ordinanza relativamente a quanto già deciso, con la possibilità di modificarne in tutto o in parte le statuzioni.

Nel caso che ci occupa differiscono anche le valutazioni decisorie e quindi la *res iudicanda*, essendo emesso il provvedimento di rilascio ex art. 665 c.p.c. sulla base della domanda di sfratto e di eccezioni del convenuto non fondate su prova scritta, che ben potranno nel giudizio di merito essere affiancate o sostituite da altre e più pregnanti domande ed eccezioni. (...) Dopo la trasformazione del rito ai sensi dell'art. 426 c.p.c. viene fissata udienza di discussione della causa con assegnazione alle parti di un termine perentorio entro il quale queste dovranno provvedere all'integrazione degli atti introduttivi.

(1-3) Ricusazione del giudice ex artt. 51, comma 4 e 52 c.p.c. nel procedimento di sfratto a seguito di trasformazione di rito da intimazione di sfratto per finita locazione e contestuale citazione per la convalida.

**Sommario:** 1. *Il caso.* - 2. *L'inquadramento normativo.* - 3. *La giurisprudenza.*

#### 1. Il caso.

La questione trae origine da due procedimenti per finita locazione intimati nanti il Tribunale di Genova con differenti

ricorsi dai due proprietari, relativamente ad un locale ad uso commerciale.

A seguito delle difese dispiegate da parte intimata, il Giudice emetteva ordinanza di rilascio dell'immobile locato ex art. 665, in entrambi i procedimenti, provvedendo - contestualmente- alla trasformazione del rito ed all'invio dei fascicoli al Presidente affinché potesse assegnarglieli per la fase del merito.

In ragione di ciò, parte intimata provvedeva a depositare l'istanza di ricusazione ex art. 52 c.p.c. ritenendo che il giudice che aveva emesso le ordinanze di rilascio dell'immobile ex art. 665 c.p.c. non fosse più da considerarsi "terzo", nel senso che ben poteva ritenersi che lo stesso avesse già espresso il proprio orientamento alla decisione della questione nel merito.

Depositata la memoria difensiva, il giudice ricusato esprimeva la totale serenità del suo operato non ritenendo in alcun modo inficiata la propria capacità valutativa né tantomeno la propria serenità decisionale.

Il Collegio ha ritenuto non dover accedere alle ragioni della parte ricorrente e ciò proprio sulla distinzione - sostanziale e formale- delle singole fasi del processo.

#### 2. L'inquadramento normativo.

La fattispecie affrontata dal Tribunale di Genova, in composizione Collegiale, ha preso a riferimento il dettato normativo di cui agli artt. 51, IV comma c.p.c. e 52 c.p.c.

L'art. 51 c.p.c. (Astensione del Giudice) e segnatamente l'ipotesi sub 4) impone che il giudice "ha l'obbligo di astenersi se ha dato consiglio o ha prestato patrocinio nella causa o ha deposto in essa come testimone oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico."

L'art. 52 c.p.c. (Ricusazione del Giudice) al comma 1, prevede che "nei casi in cui è fatto obbligo al giudice di astenersi ciascuna delle parti può proporre la ricusazione mediante ricorso contenente i motivi specifici ed i mezzi di prova".

Le citate norme sono formulate in maniera chiara ma, la loro applicazione pratica -in realtà- non risulta essere così pacifica, prova ne sia che l'ordinanza emessa dal Tribunale di Genova, in relazione alla condanna alla pena pecuniaria prevista dal terzo comma dell'art. 54 c.p.c. ha così motivato "non si pronuncia condanna al pagamento di pena pecuniaria considerato che la questione sollevata poteva apparire controversa e comunque rivestiva aspetti di indubbio interesse ermeneutico anche di carattere generale".

In effetti, l'aspetto che più direttamente viene affrontato dal Collegio è quello relativo al "grado del processo" e cosa debba intendersi per esso.

Tale aspetto, è stato affrontato, anche dal Giudice Costituzionale ed è quello sulla base del quale, sino ad oggi, sono state risolte le questioni inerenti le ipotesi di astensione/ricusazione del magistrato.

Il ricorso presentato dalla parte intimata parte dal presupposto che l'ordinanza ex art. 665 c.p.c. debba essere ritenuta un vero e proprio grado di giudizio, autonomo rispetto al giudizio di merito.

Parte ricorrente, sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale in materia - che ha via, via espanso le ipotesi in cui il giudice deve ritenere opportuno astenersi ex art. 51 n. 4 c.p.c. - ha sostenuto che il giudice dello sfratto già nella fase sommaria ha cognizione piena delle ragioni del merito.

L'ordinanza ex art. 665 c.p.c., viene argomentato, non è neppure un provvedimento di natura temporanea, ma del tutto sostanziale e definitiva, di talché la successiva pronun-



cia nel merito risulterebbe comunque già orientata in un provvedimento definitivo di “supporto” argomentativo alla decisione assunta nella fase sommaria.

Le garanzie che devono essere assicurate nell’attuazione del “giusto processo” hanno come primaria esigenza quella della imparzialità del giudice (C. Cost. 288/1997) e, secondo la Sig.ra G.C. ciò non avviene se il giudice che ha emesso l’ordinanza di rilascio dell’immobile ex art. 665 c.p.c. è poi anche quello che deve decidere nel merito la fattispecie.

Il Tribunale, in composizione Collegiale, ha analizzato la questione, risolvendola poi in senso negativo in relazione al richiesto provvedimento di ricusazione del magistrato, sulla base della distinzione relativa a cosa possa intendersi per “grado processuale” e se, in particolare l’ordinanza non impugnabile di rilascio possa definirsi un “grado” a se stante del procedimento di sfratto per finita locazione e contestuale citazione per la convalida.

### 3. La Giurisprudenza

Il fondamentale riferimento in materia, cioè a dire su cosa debba essere inteso quale “grado processuale” in senso più ampio rispetto alla codicistica definizione, lo fornisce la Corte Costituzionale che con una decisione oramai risalente nel tempo ma mai superata (n. 387/1999) ha chiarito che “*sul piano generale, esigenza imprescindibile, rispetto ad ogni tipo di processo, è solo quella di evitare che lo stesso giudice, nel decidere, abbia a ripercorrere l’identico itinerario logico precedentemente seguito; sicchè, condizione necessaria per dover ritenere una incompatibilità endoprocessuale è la preesistenza di valutazioni che cadano sulla stessa res iudicanda*”

Ed ha, conseguentemente, precisato che “*la espressione “altro grado” non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l’ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall’ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere - con una interpretazione conforme a Costituzione - anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (per la peculiarità del giudizio di opposizione di cui si discute) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell’azione proposta nella prima fase, ancorchè avanti allo stesso organo giudiziario*”

Il principio formulato dalla Corte Costituzionale impone che la trattazione del giudizio debba avvenire dinanzi a differente giudice ognqualvolta le fasi del giudizio (assimilabili quindi al concetto di “grado”) abbiano un carattere di totale autonomia. La differente fase processuale si traduce in una sostanziale impugnazione di quella precedente e inerisce il medesimo oggetto della questione, fondato sulle stesse valutazioni che hanno condotto alla decisione della prima fase.

A corollario di ciò, deve farsi riferimento alla pronuncia del Giudice Costituzionale n. 326/1997 che chiarisce come sia “*Ben diversa, infatti, rispetto a quella che si determina relativamente alla pluralità di gradi del giudizio, si presenta la situazione quando l’iter processuale semplicemente si articoli attraverso più fasi sequenziali (necessarie od eventuali poco importa), nelle quali l’interesse posto a base della domanda - e che regge il giudizio - impone l’appagamento di esigenze, a quest’ultimo connesse, di carattere conservativo, anticipatorio, istruttorio, ecc. In tal caso, stante anche l’operatività del principio dispositivo cui s’informa il rito civile, il provvedimento cautelare adottato dal giudice consegue alla dialettica dei contrapposti interessi, la quale di norma si svolge attraverso il contraddittorio fra le parti, su un piano di “parità delle armi”, in una continua funzione propulsiva che condiziona il proseguimento e la stessa conclusione del giudizio. Così da non potersi negare che il pieno rendimento dell’attività*

*giurisdizionale, alla stregua del principio di concentrazione, venga più agevolmente conseguito se è sempre lo stesso giudice a condurre il processo (v. sentenza n. 158/1970); e neppure che il giudice più adatto a decidere del merito possa essere ritenuto, secondo ragione, appunto quello già investito di una cognizione ante causam, cautelare o più genericamente sommaria. Del resto, proprio in coerenza con un tale avviso il legislatore del 1990, operando una vera e propria scelta di fondo in sede di riforma del processo civile, ha attribuito all’ufficio giudiziario competente per il merito anche la competenza ad emettere provvedimenti cautelari ante causam*”.

Tali aspetti sono stati affrontati di recente con la pronuncia del 13 Maggio 2015 n. 78, con la quale la Corte Costituzionale ha risolto il problema della presunta ed affermata incompatibilità tra il giudice della prima fase ed il giudice dell’opposizione nel c.d. “Rito Fornero” (assimilabile in quanto a principi agli altri procedimenti di natura bifasica come quello locatizio) per la quale “*il fatto che entrambe le fasi di detto unico grado del giudizio possano essere svolte dal medesimo magistrato non configge con il principio di terzietà del giudice e si rivela, invece, funzionale all’attuazione del principio del giusto processo, per il profilo della sua ragionevole durata*”.

I procedimenti bifasici a natura sommaria e cautelare cui la Corte Costituzionale fa riferimento, però, non prendono in considerazione il fatto che l’ordinanza di rilascio dell’immobile ex art. 665 c.p.c. è non impugnabile e l’esecuzione può determinare un danno nel conduttore che poi risulti vittorioso nel merito del giudizio.

Tra l’altro, la domanda che determini la perdita di efficacia di tale ordinanza deve essere espressamente proposta dall’intimato e a tale proposito si deve fare riferimento alla pronuncia della Corte di Cassazione, Sezione 3 civile che con Sentenza 29 aprile 2004, n. 8221 ha stabilito che “*In caso di perdita di efficacia dell’ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c., il conduttore che intende ottenere, oltre all’accertamento negativo del diritto del locatore, la condanna del medesimo alla riduzione in pristino, al fine della ripresa sino alla naturale scadenza del contratto del godimento dell’immobile anticipatamente interrotto, è tenuto a proporne specifica domanda al giudice avanti al quale il giudizio prosegue, giacché solamente la sentenza che questo definisce contenente (anche) siffatta condanna, e non già la mera dichiarazione della cessazione degli effetti della detta ordinanza di rilascio, costituisce idoneo titolo esecutivo per il rilascio*”.

Simonetta Cocconi  
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Genova, sez. I civ., 27 aprile 2015, n. 1345 - Giudice Unico Scarzella - So.Fi. Service s.r.l. (Avv. Ghigliotti) c. G.A. (Avv. Frigerio) e c. M.D. (Avv. Riolfo).

**REVOCATORIA (azione) - individuazione atti revocabili - atti aventi un valore etico e morale - revocabilità.**  
(Art. 2901 c.c.)

**REVOCATORIA (azione) - atto dispositivo compiuto in sede di separazione o di divorzio - onerosità o gratuità dell’atto - parametri per la valutazione giudiziale.**  
(Art. 2901 c.c.)

*Di fronte alla considerazione che l’art. 2901 cod. civ. tutela il creditore dagli atti di disposizione del proprio patrimonio posti in essere dal debitore, senza alcun discriminio circa lo scopo ulteriore avuto di mira dal debitore nel compimento dell’atto dispositivo,*



*sono soggetti all'azione revocatoria anche gli atti aventi un valore etico e morale, come quello con cui il debitore, per adempiere al proprio obbligo di mantenimento nei confronti dei figli e del coniuge, abbia trasferito a quest'ultimo, a seguito del divorzio, la proprietà di un bene.*

*Non è agevole la riconduzione delle attribuzioni patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o di divorzio alle categorie della gratuità o dell'onerosità, trattandosi di trasferimenti costituenti una modalità esecutiva di obbligo giuridico.*

*Invero si è in presenza di atti con una "tipicità propria" la quale, volta a volta, può, ai fini della disciplina di cui all'art. 2901 c.c., colorarsi dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della "gratuità", in ragione dell'eventuale ricorrenza - o meno - nel concreto, dei connotati di una sistemazione "solutorio-compensativa" più ampia e complessiva, di tutta quell'ampia serie di possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale.*

*Pertanto il giudice di merito, in considerazione della "tipicità" del rapporto, deve accertare se, in concreto, la cessione del bene sia avvenuta a titolo gratuito oppure a titolo oneroso.*

*Nel caso di assegnazione immobiliare avvenuta in sede di divorzio, il Giudice deve valutare non solo l'atto che abbia posto in essere la disposizione patrimoniale, ma altresì gli accordi preliminari contenuti nella separazione che hanno originato il trasferimento onde stabilire se l'atto dispositivo assuma i lineamenti di un contratto definitivo, diretto a dare esecuzione ad un impegno assunto in sede di separazione.*

#### *(... Omissis...) In fatto e in diritto.*

In via preliminare, va segnalato che, per effetto della modifica dell'art. 132 co. 2 n.4) c.p.c. operata dall'art. 45 co. 17 della legge 18.6.2009 n.69, per la redazione della sentenza non è più richiesta l'illustrazione dello svolgimento del processo, ma soltanto la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

La presente controversia ha per oggetto la verifica in merito alla fondatezza o meno della domanda proposta da So.Fi. Service Srl, nei confronti di Giuseppe Accettulli, Alberto Accettulli, Fabrizio Accettulli e Maria Francesca Dimitri, al fine di ottenere la dichiarazione di inefficacia, nei confronti della stessa, dell'assegnazione immobiliare effettuata da Giuseppe Accettulli (assegnante) in favore di Maria Francesca Dimitri (assegnataria-nuda proprietaria) e di Alberto e Fabrizio Accettulli (assegnatari-usufruttuari), di cui alla sentenza n. 2841/2008 del Tribunale Civile di Genova avente per oggetto: "immobile.... sito a Genova, facente parte del Caseggiato distinto con il civico n. 132, di Via Angelo Carrara (già civico numero 61A di Via Cinque Maggio),... segnato con il numero interno 1, posto al piano primo seminterrato, composto di due vani utili oltre a w.c., cucina ed ingresso, avente annesso un cortile, il tutto confinante, partendo da nord e proseguendo in senso orario, con: viale privato, Via Angelo Carrara, vano scale, cantina e nuovamente Via Angelo Carrara. Il suddetto immobile risulta censito al Nuovo Catasto Edilizio Urbano del Comune di Genova: sezione QU, foglio 6, mappale 926, subalterno 1, cui è graffato il mappale 928, zona censuaria 6, categoria A3, classe 3, vani 4, rendita catastale Lit. 1.100.000. Salvo migliori descrizioni, confini e dati catastali".

L'attrice ha dedotto a sostegno della propria domanda che la soddisfazione del credito dalla stessa vantato nei confronti di Accettulli Giuseppe, per la somma complessiva di euro 2.788,86 oltre interessi e rivalutazione dal 12.7.1995 al saldo oltre al credito per manleva relativo alla esecuzione di

opere per ripristino, di cui alla sentenza Corte Appello Genova 20.9.2008, risultava pregiudicata dall'atto di disposizione patrimoniale impugnato, con cui il debitore aveva sottratto alla garanzia del credito l'unico bene di proprietà.

Quanto all'anteriorità del credito rilevava che la sentenza di cui sopra era stata emessa nel gravame della sentenza 11266/1999 Trib. Genova, che già recava condanna dell'Accettulli al pagamento di somme in misura superiore.

Si sono costituiti in giudizio con separate comparse di costituzione Accettulli Giuseppe e Dimitri Maria Francesca, contestando l'avversa domanda per la carenza dei presupposti *ex art. 2901 c.c.*; Alberto e Fabrizio Accettulli (assegnatari-usufruttuari dell'immobile e figli dei convenuti costituiti) sono rimasti contumaci.

Concessi i termini per il deposito delle memorie *ex art. 183* *sesto comma c.p.c.*, istruita la causa a mezzo prova orale e documentale, la causa è stata posta in decisione sulle conclusioni così come trascritte in epigrafe, rese dalle parti all'udienza del 16.12.2014; concessi i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche (rese da tutte le parti costituite) all'esito è stata emessa la presente sentenza.

Nel merito si osserva quanto segue: la svolta azione revocatoria richiede la separata valutazione della sussistenza dei presupposti *ex art. 2901 c.c.*, in relazione alle attribuzioni patrimoniali contenute nella sentenza di divorzio consensuale intercorsa fra i due coniugi convenuti, signori Accettulli e Dimitri, contenente l'assegnazione dell'immobile di cui si discute. Preliminarmente deve procedersi alla qualificazione dell'atto impugnato come atto a titolo oneroso o gratuito, in modo da individuare la disciplina applicabile.

In relazione agli atti aventi un contenuto patrimoniale che trovano negli obblighi familiari la propria ragione giustificativa, gli interpreti hanno dovuto superare alcune difficoltà di inquadramento.

E' chiaro, infatti, che sono atti distanti sia da una donazione (ed anzi lo spirito è ben diverso da quello di una liberalità) sia dalla vendita: da un lato, sono finalizzati all'adempimento di un dovere che non solo morale e sociale, ma giuridico, perché può derivare dagli obblighi di mantenimento che sussistono verso i figli ed il coniuge; dall'altro lato, non per ciò solo possono eludere il dovere di conservazione della garanzia patrimoniale o essere immuni dalla tutela pauliana. Così, da tempo la giurisprudenza pressoché unanime (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 15603 del 26/07/2005) ha argomentato proprio dall'art. 2740 c.c. per rilevare che il debitore risponde con tutti i suoi beni dell'adempimento delle proprie obbligazioni, a prescindere dalla loro fonte, e quindi anche se le stesse derivino dalla legge, come l'obbligo di mantenimento del coniuge e dei figli minori.

Di fronte alla considerazione che l'art. 2901 cod. civ. tutela il creditore dagli atti di disposizione del proprio patrimonio posti in essere dal debitore, senza alcun discriminio circa lo scopo ulteriore avuto di mira dal debitore nel compimento dell'atto dispositivo, si deve pertanto ritenere che siano soggetti all'azione revocatoria anche gli atti aventi un valore etico e morale, come quello con cui il debitore, per adempiere al proprio obbligo di mantenimento nei confronti dei figli e del coniuge, abbia trasferito a quest'ultimo, a seguito del divorzio, la proprietà di un bene.

Non è agevole la riconduzione di detti accordi alle categorie della gratuità o della onerosità. Difatti, mentre per la costituzione di un fondo patrimoniale è evidente l'inquadramento nell'ambito della gratuità, poiché pur rispondendo a motivazioni pur moralmente e socialmente rilevanti la costituzione non corrisponde



ad un obbligo, per gli accordi in sede di separazione o divorzio che trasferiscono cespiti immobiliari rileva la considerazione che si tratta di trasferimenti che costituiscono una modalità esecutiva di obbligo giuridico.

Alcuni interpreti si sono spinti pertanto a considerare tali atti come veri e propri adempimenti e quindi non connotati da gratuità ai sensi dell'art. 2091 comma 3, c.c., da inquadrarsi come "adempimento di un debito scaduto".

In realtà tale impostazione stata respinta dalla S.C. che ha chiarito (si veda ad esempio Sez. 3, Sentenza n. 5473 del 14/03/2006) che gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della "donazione", e - tanto più per quanto può interessare ai fini di una eventuale loro assoggettabilità all'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. - rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di "separazione consensuale".

Questo fenomeno, che acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio coniugato, sfugge - in quanto tale - da un lato alle connotazioni classiche dell'atto di "donazione" vero e proprio (tipicamente estraneo, di per sé, ad un contesto - quello della separazione personale - caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività), e dall'altro a quello di un atto di vendita (attesa oltretutto l'assenza di un prezzo corrisposto).

La Corte ha quindi parlato di una "sua tipicità propria" la quale poi, volta a volta, può, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., colorarsi dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della "gratuità", in ragione dell'eventuale ricorrenza - o meno - nel concreto, dei connotati di una sistemazione "solutorio-compensativa" più ampia e complessiva, di tutta quell'ampia serie di possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale.

Pertanto il giudice di merito, in considerazione della "tipicità" del rapporto, deve accettare se, in concreto, la cessione del bene sia avvenuta a titolo gratuito oppure a titolo oneroso.

Ad esempio, nel caso all'epoca all'esame della Corte, la sentenza impugnata è stata ritenuta corretta, avendo eseguito l'accertamento concernente il carattere oneroso o gratuito della cessione da esso richiesto, optando per il secondo in considerazione che nei rogiti non era previsto elemento da cui evincere e in giudizio non risultava alcun qualsiasi elemento probatorio utile a dimostrare il contrario.

La Suprema Corte ha chiarito che tale indagine deve riferirsi al principio per cui volta a volta, l'accordo in esame può colorarsi dei tratti della obiettiva "onerosità" ai fini dalla più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., in funzione della eventuale ricorrenza, nel concreto, dei connotati di una sistemazione "solutorio-compensativa" più ampia e complessiva, di tutta, quella ampia serie di possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente, solo riflessi) patrimoniali i quali, essendo maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale, per lo più non si rendono perciò sempre - guardati con sguardo retrospettivo - immediatamente riconoscibili come tali (così Cass. 23 marzo 2004, n. 5741). Come noto, le condizioni per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria consistono nell'esistenza di un *valido rapporto di credito* tra il creditore che agisce in revocatoria e il debitore

disponente; nell'effettività del danno, inteso come lesione della garanzia patrimoniale a seguito del compimento da parte del debitore dell'atto traslativo; nella ricorrenza, in capo al debitore, ed eventualmente in capo al terzo, della *consapevolezza* che, con l'atto di disposizione venga a diminuire la consistenza delle garanzie spettanti ai creditori.

In presenza di atto a titolo gratuito, ai fini dell'esperimento della revocatoria ordinaria sono necessarie e sufficienti le condizioni di cui all'art. 2901 c.c., n. 1 (cfr. Cass., 17/6/1999, n. 6017).

Ne deriva quindi che l'accordo con il quale i coniugi stabiliscono il trasferimento di beni immobili o di diritti reali minori sui medesimi nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione/divorzio consensuale, ben può rientrare nel novero degli atti suscettibili di revocatoria.

Tale l'orientamento della Suprema Corte, che afferma che l'esperimento dell'azione revocatoria dell'accordo *de quo* non trova ostacolo "né nell'avvenuta omologa, che lascia inalterata la natura negoziale della pattuizione, né nell'intangibilità della separazione, essendo detta statuizione non oggetto della domanda revocatoria e logicamente scindibile dalla stipulazione del trasferimento immobiliare, né il fatto che il trasferimento immobiliare o la costituzione del diritto reale minore siano pattuiti in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge o di contribuzione al mantenimento dei figli, venendo nella specie in considerazione non già la sussistenza dell'obbligo in sé, avente fonte legale, ma le concrete modalità del suo assolvimento" (cfr. Cass. n. 24757/2008, Cass. n. 11914/2008, 8516/2006, Cass. n. 5473/2006, 15603/2005, Cass. n. 5741/2004; in ultimo, nello stesso senso, anche Trib. Reggio Emilia sez. II civile, sentenza 05.11.2013).

Afferma inoltre la Corte di Cassazione che all'esame del giudice, nel valutare i presupposti per l'esperibilità dell'azione in discorso, deve essere sottoposto non solo l'atto che abbia posto in essere la disposizione patrimoniale, ma altresì gli accordi preliminari contenuti nella separazione che hanno originato il trasferimento (in questo senso Cassazione n. 11914/2008, per cui l'atto dispositivo assume i lineamenti di un contratto definitivo, diretto a dare esecuzione ad un impegno preliminare assunto in sede di separazione, riproducendo il contenuto di quest'ultimo).

Ciò premesso deve quindi essere verificata la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti richiesti dalla legge per la dichiarazione di inefficacia dell'atto di disposizione patrimoniale.

Il convenuto Accettulli ha prodotto in atti il ricorso per la cessazione degli effetti civili del matrimonio presentato dalla moglie Dimitri e la sentenza resa nel procedimento di divorzio "a istanza coniugata", contenente l'assegnazione dell'immobile.

Nel ricorso la Dimitri dà atto dell'avvenuta solo saltuaria corresponsione delle somme previste in sede di separazione per il mantenimento dei figli (ove si dava atto che la moglie era economicamente autosufficiente), richiedendo la determinazione di assegno dell'importo di € 1.500,00 mensili sempre per il mantenimento dei figli, con prestazione di garanzia bancaria o assicurativa; le condizioni concordate fra i coniugi, trasfuse nella sentenza di divorzio, prevedono la cessione dell'immobile già di proprietà del marito in favore della moglie, con usufrutto in capo ai figli, l'obbligo di corrispondere la somma di € 1.000,00 al mese per il mantenimento dei figli e l'assunzione in capo al disponente Accettulli delle spese di amministrazione ordinaria e straordinaria dell'immobile e il pagamento dei "ratei del nuovo mutuo", verosimilmente da assumersi per estinguere il debito verso la So.Fi che aveva trascritto pignoramento sull'immobile, che l'Accettulli si impegnava a cancellare.

Le prove orali assunte, per la genericità di quanto riferito dai testi, in ogni caso *de relato* - e i documenti prodotti non forniscono ulteriori univoci e certi elementi di valutazione.



Dai documenti sopra indicati (ricorso e sentenza) si evince da un lato il fatto che la Dimitri non aveva richiesto per sé alcuna attribuzione patrimoniale, neppure in sede di separazione, dall'altro la preoccupazione della stessa di avere garanzie per il regolare pagamento da parte dell'ex marito delle somme previste per il mantenimento dei figli.

L'assegnazione dell'immobile - unico cespote dell'Accettulli - in presenza del persistere di un contributo di mantenimento in favore dei figli e in mancanza di atti precedenti all'assegnazione di formale messa in mora dei pregressi debiti scaduti o di esecuzione forzata, non può quindi ritenersi avere nei confronti della Dimitri natura solutoria di un pregresso debito e porta a ritenere che l'assetto dei trasferimenti effettuati all'atto del divorzio sia privo di giustificazione di carattere economico e deve essere ritenuto effettuato a titolo gratuito.

Perciò non è richiesto il presupposto del *consilium fraudis*, ossia della consapevolezza dei terzi del pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori.

Peraltro, quand'anche la valutazione di cui sopra portasse all'opposto risultato, risulta *per tabulas* (vedi ricorso per la cessazione degli effetti civili del matrimonio e sentenza di divorzio) che la Dimitri (e per il suo tramite anche i figli) avesse la consapevolezza delle difficoltà economiche del marito nonché del debito verso l'attrice, in relazione al quale era stato trascritto pignoramento sull'immobile.

Si deve quindi passare a verificare l'esistenza del credito, l'esistenza del pregiudizio e l'elemento psicologico in capo al debitore.

#### 1. Eistenza del credito.

Quanto alle ragioni creditorie della parte attrice, premesso che ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria, è sufficiente la titolarità di un credito eventuale, quale quello oggetto di un giudizio ancora in corso, fermo restando che l'eventuale sentenza dichiarativa dell'atto revocato non può essere portata ad esecuzione finché l'esistenza di quel credito non sia accertata con efficacia di giudicato (Cass. 9855/2014) dai documenti prodotti in atti risulta la pendenza della lite fra l'attrice e il convenuto Arch. Accettulli, con credito della prima nei confronti del secondo già accertato con sentenza resa in primo grado in data 14.9.1999, quindi ben prima della data in cui è intervenuta l'assegnazione del bene oggetto di revocatoria.

#### 2. *Eventus damni*.

Quanto al requisito dell'*eventus damni*, ossia del pregiudizio alle ragioni creditorie, avendo l'azione revocatoria ordinaria la funzione di ricostituzione della garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del suo debitore, e non anche della garanzia specifica, ne consegue che deve ritenersi sussistente l'interesse del creditore, da valutarsi *ex ante* - e non con riguardo al momento dell'effettiva realizzazione - a far dichiarare inefficace un atto che renda maggiormente difficile e incerta l'esazione del suo credito, quando questo abbia determinato o aggravato il pericolo dell'incapienza dei beni del debitore, e cioè il pericolo dell'insufficienza del patrimonio a garantire il credito del revocante ovvero la maggiore difficoltà od incertezza nell'esazione coattiva del credito medesimo.

Come noto per l'art. 2740 c.c., il debitore "risponde dell'indempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri"; ciò significa che i suoi beni (anche qualora, come nel caso in esame, vengano acquisiti in un momento posteriore al sorgere dell'obbligazione di garanzia) vengono a trovarsi in una condizione - sia pur potenziale - di soggezione, in cui si manifesta la responsabilità patrimoniale e che costituisce il presupposto dell'azione esecutiva.

Nel caso di specie, dal momento che non è stato provato che il convenuto arch. Accettulli sia proprietario di altri beni immobili oltre a quello di cui si discute (già adibito a studio-abitazione), né di beni mobili di valore tali da poter garantire il credito dell'attrice, e alla luce altresì delle riferite difficoltà di tipo economico, il requisito del pregiudizio creditorio deve ritenersi sussistente.

#### 3. *Scientia damni*.

Quanto infine alla consapevolezza, o quanto meno all'agevole conoscibilità da parte del debitore del pregiudizio che, mediante l'atto di disposizione, si arrecava alle ragioni del creditore, la prova della stessa può essere fornita anche mediante presunzioni; come ben evidenziato dalla Suprema Corte (sent. n. 14489/2004) l'elemento soggettivo può essere "*integrato dalla semplice conoscenza, cui va equiparata la agevole conoscibilità, nel debitore e, in ipotesi di atto a titolo oneroso, nel terzo di tale pregiudizio, a prescindere dalla specifica conoscenza del credito per la cui tutela viene esperita l'azione, e senza che assumano rilevanza l'intenzione del debitore di ledere la garanzia patrimoniale generica del creditore (consilium fraudis) né la partecipazione o la conoscenza da parte del terzo in ordine alla intenzione fraudolenta del debitore. Ad integrare il pregiudizio alle ragioni del creditore (eventus damni), è, poi, sufficiente che l'atto di disposizione del debitore renda più difficile la soddisfazione coattiva del credito, sicché anche la "trasformazione" di un bene in un altro che sia meno agevolmente aggredibile in sede esecutiva, com'è tipico del danaro, realizza il pericolo di danno costituito dalla eventuale infruttuosità di una futura azione esecutiva*"; inoltre si rileva che in tema di revocatoria ordinaria "*ai fini della configurabilità del "consilium fraudis" per gli atti di disposizione a titolo gratuito compiuti dal debitore successivamente al sorgere del credito, non è necessaria l'intenzione di nuocere ai creditori, essendo sufficiente la consapevolezza, da parte del debitore stesso (e non anche del terzo beneficiario), del pregiudizio che, mediante l'atto di disposizione, sia in concreto arrecato alle ragioni del creditore.*" (Sez. 3, Sentenza n. 17867 del 22/08/2007, Rv. 599601).

Sulla scorta degli elementi sopra evidenziati in merito alla conoscenza in capo all'Arch. Accettulli della propria posizione debitoria nei confronti dell'attrice si ritengono ben sussistenti i presupposti in presenza dei quali poter accogliere la svolta domanda *ex art. 2901 c.c.*

Parte attrice ha inoltre avanzato la seguente domanda: *condannare i Sigg. Giuseppe Accettulli e Maria Francesca Dimitri al risarcimento del danno patito dalla So.Fi. Service s.r.l. per effetto della ridetta assegnazione: danno che si quantifica nelle spese legali e notarili per le attività correlate alle produzioni da 3 a 9 ed alla produzione 13 nonché per la trascrizione dell'odierna domanda giudiziale, come da fatture sub produzioni 28 e 29 (per cui si è sostenuto un costo al netto di IVA detraibile rispettivamente pari ad € 1.119,28 quanto alla fattura sub prod. 28 e ad € 874,00 quanto alla fattura sub prod. 29) versate insieme ai benefici disposti per il loro pagamento;*

detta domanda non è fondata e deve pertanto essere respinta (fatta salva la rifusione delle spese per la trascrizione dell'atto di citazione, riconosciute a titolo di esborsi) in quanto le attività cui si fa riferimento sono riferibili all'esecuzione della sentenza di condanna del convenuto Arch. Accettulli e devono essere esaminate nell'ambito di detto distinto processo e non nel presente procedimento di revocatoria.

Per quanto attiene le spese di lite, per il principio della soccombenza parte convenuta deve essere condannata alla rifusione delle spese di lite in favore dell'attore, nella misura liquidata nel dispositivo (... *Omissis...*).



# Massime

Tribunale di Genova, sez. I civ., 10 febbraio 2014, n. 508 - Giudice Unico Braccialini - A.V.&F. Spa (Avv. Spinelli) c. Comune di Genova (Avv. Allasia).

**ALIMENTI - obbligo di segnalazione pericolosità alimenti ancora presenti presso il grossista - sussistenza - condizioni di punibilità.**

(Art. 3, co. 1, D. Lgs. 190/2006)

*L'obbligo di segnalazione di pericolosità degli alimenti inoltrata dal produttore prescinde dal fatto che il prodotto sia ancora presente presso il grossista, perché la segnalazione ai successivi acquirenti va fatta anche se la merce è già stata esitata, e ciò proprio per far in modo che la segnalazione arrivi tempestivamente anche ai dettaglianti. La punibilità è condizionata all'effettiva utilità della segnalazione che si snodi lungo la normale catena distributiva e non avrebbe ragion d'essere in due unici casi: a) quando il pericolo fosse cessato per effetto di tempestiva ed autonoma distruzione degli alimenti sospetti, prima dei controlli ed interventi delle autorità preposte; b) oppure quando il commerciante acquirente avesse già avuto in altro modo contezza della pericolosità degli alimenti ricevuti ed avesse a sua volta proceduto alle analisi e riscontri del caso, ivi compresa l'eventuale distruzione, se ancora in possesso delle merci; ovvero all'ulteriore segnalazione ex art. 3 DL 160/1990 alla propria clientela.*

CE.BRU.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 9 dicembre 2014, n. 3901- Giudice Unico Casale - F.C. (Avv. Tanzi) c. Comune di Lavagna (Avv. Arzeni).

**ANAGRAFE - richiesta di residenza - diniego - assenza nell'immobile del richiedente - ripetuti accessi della polizia municipale - elemento soggettivo - mancata o insufficiente somministrazione di utenze nell'abitazione - elemento obiettivo - stabile e abituale dimora - insussistenza.**

(Art. 2, comma 1, L. 24 dicembre 1954, n. 1228)

*La residenza di una persona è determinata dalla sua volontaria dimora in un determinato luogo, cioè dall'elemento obiettivo della permanenza in tale luogo e dall'elemento soggettivo dell'intenzione di abitarvi stabilmente, rivelata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali.*

*La reiterata assenza del soggetto in occasione di diversi accessi dei vigili urbani presso l'abitazione dichiarata e l'acquisizione di dati da cui si evinca un consumo delle utenze notevolmente inferiore rispetto al normale uso quotidiano per una persona, costituiscono elementi di valutazione tali da legittimare il provvedimento di diniego di concessione della richiesta iscrizione nel registro anagrafico dei residenti del Comune in cui l'immobile è ubicato.*

(Conforme: Cass. 1° dicembre 2012, n. 25726)

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 27 novembre 2014, n. 4199 - Giudice Unico Veglia - C.S. (Avv. Errico) vs. F.S. s.n.c. (Avv. Sanguineti).

**APPALTO - vizi dell'opera - accertamento e onere della prova - ATP.**

*L'A.T.P. è l'unico strumento con il quale il committente può acquisire tutte le informazioni tecniche che gli sono necessarie al fine di enucleare i vizi riscontrabili nelle opere appaltate.*

*E' onere dell'appaltatore dare prova del fatto che il committente abbia avuto conoscenza dei vizi dell'opera in una data anteriore all'accertamento tecnico preventivo.*

(Conformi: Cass., sez. I, 01/02/2008, n. 2460; Cass., sez. III, 19/08/2009 n. 18402).

A.BEE.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 16 marzo 2015 - Pres. D'Ariezno - Rel. Castiglione -- V. F (Avv. Amicabile) c. Condominio (Avv. Innocenti).

**COMUNIONE e condominio - riconoscimento di debito da parte del nuovo amministratore - spese anticipate da precedente amministratore - inammissibilità.**

(Artt. 1130, 1135 c.c.)

**COMUNIONE e condominio - riconoscimento di debito - voci passive non espressamente indicate in deliberazione - disavanzo tra entrate e uscite - sussistenza.**

(Art. 1135 c.c.)

*Il nuovo amministratore di un condominio non è legittimato ad approvare incassi e spese condominiali risultanti dai prospetti consegnati dal precedente amministratore e, pertanto, l'accettazione di tali documenti da parte del nuovo amministratore non costituisce prova idonea circa l'esistenza del debito del condominio per l'importo corrispondente al disavanzo tra le rispettive poste contabili. Spetta, per contro, all'assemblea dei condomini giustificare a valutare le spese anticipate dal precedente amministratore nell'interesse del condominio e, in tal modo riconoscere l'esistenza del debito. (Nel caso di specie la Corte d'appello ha confermato la pronuncia di merito che ha ritenuto che la sottoscrizione del verbale di consegna della documentazione apposta dal nuovo amministratore, seppure già regolarmente ammesso nell'esercizio delle sue funzioni, non integrasse una cognizione di debito fatta dal Condominio in relazione alle anticipazioni di pagamenti ascritte al precedente amministratore). Le deliberazioni dell'assemblea dei condomini volte ad approvare il rendiconto redatto dal cessato amministratore ha valore di riconoscimento di debito solo in relazione alle poste passive in esso espressamente indicate.*

*(La Corte d'Appello nel caso di specie, ha ritenuto che nel caso in cui il rendiconto evidenzi un disavanzo tra le entrate e le uscite, l'approvazione di esso non può valere quale prova sul fatto che il disavanzo tra le due voci -entrate e uscite- sia stato versato dall'amministratore).*

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. fall., decr. 17 ottobre 2013 - Pres. Basoli - Rel. Davini.

**CONCORDATO preventivo - richiesta del debitore di sospensione dei contratti bancari in corso di esecuzione - ammissibilità.**

(Artt. 169 bis e 161 sesto comma della legge fallimentare 7 agosto 2012 n.134)

*Ai sensi degli artt. 169 bis e 161 sesto comma della legge fallimentare, introdotti con la novella 7 agosto 2012 n.134, respinto un diffuso orientamento alla "resistenza interpretativa" rispetto a tali innovative norme, è ritenuta ammissibile in sede di concordato preventivo con riserva la richiesta del debitore, accompagnata da idoneo progetto imprenditoriale, di sospensione di contratti bancari in corso di esecuzione di conto corrente ordinario, sconto bancario ex art. 1858 c.c., sconto di cambiali, anticipazioni bancarie su fatture, ricevute bancarie o presentazione di ordini, in attuazione del principio della miglior soddisfazione dei creditori nel loro complesso pur se a danno delle banche interessate.*

E.Z.

Corte d'Appello di Genova, 23 ottobre 2014 - Pres. Bonavia - Rel. Zuccolini - ADT S.p.a., P.T. (Avv. Fieschi), R.T. (Avv. Fano e Tedesco) c. Fall. ADT S.p.a. (Avv. Licconti), A. S.r.l. (Avv. Zacchini) e B. S.p.a. (Avv. Morellini).

**CONCORDATO preventivo - decreto di omologa - efficacia - limiti.**

(Art. 180 l. fall.)

**CONCORDATO preventivo - decreto di omologa - qualificazione del concordato effettuata dal giudice dell'omologa - idoneità al giudicato - sussistenza.**

(Art. 180 l. fall.)

**CONCORDATO preventivo - realizzazione dell'attivo in misura inferiore a quella indicata nella proposta - risoluzione del concordato - esclusione.**

(Art. 186 l. fall.)

**CONCORDATO preventivo - proposta di concordato con cessione dei beni - legittimazione al voto - creditori privilegiati - sussistenza.**

(Art. 177 l. fall.)

**CONCORDATO preventivo - disciplina della risoluzione del contratto di compravendita per mancanza delle qualità promesse - applicabilità - limiti.**

(Artt. 186 l. fall. e 1497 c.c.)

**CONCORDATO preventivo - revocabilità - limiti.**

(Art. 173 l. fall.)

**CONCORDATO preventivo - annullamento - dolosa dissimulazione del passivo - esclusione.**

(Art. 138 l. fall.)

**CONCORDATO preventivo - risoluzione - rilevanza dei motivi di annullamento - esclusione.**

(Artt. 138 e 186 l. fall.)

*Pur avendo l'attuale testo dell'art. 180 l. fall. previsto al terzo comma che l'omologa del concordato avvenga con decreto e non già con sentenza, come invece previsto dal previgente art. 181 l.*

*fall., e pur essendo altresì vero che l'attuale disposto dell'art. 180 l. fall. prevede che il giudizio di omologa avvenga secondo il rito camerale, il provvedimento di omologa, a prescindere dal "nomen juris", ha mantenuto le sue caratteristiche di provvedimento decisivo ad assumere definitività, con efficacia, quindi, assimilabile al giudicato. (in senso sostanzialmente conforme si vedano Cass. 15 luglio 2011, n. 15699 e Cass. 4 novembre 2011, n. 22932)*

*La qualificazione del concordato effettuata dal giudice dell'omologa partecipa degli effetti del giudicato che conseguono alla mancata impugnazione del decreto di omologa, di talché è preclusa al giudice della risoluzione del concordato una nuova e diversa qualificazione della proposta concordataria.*

*I creditori consenzienti non possono chiedere la risoluzione del concordato con cessione dei beni nell'ipotesi in cui la somma ricavata dalla liquidazione si discosti, anche notevolmente, da quella necessaria a garantire il pagamento dei loro crediti nella percentuale indicata, in ragione del fatto che oggetto dell'obbligazione concordataria è unicamente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni liberi da vincoli che ne impediscono la cessione o ne diminuiscono il valore. Dopo la riforma fallimentare di cui al d.l. 14 marzo 2005 n. 35 e successive modificazioni, infatti, l'indicazione della percentuale di pagamento ai creditori e dell'epoca di presumibile liquidazione corrisponde essenzialmente ad una funzione informativa, idonea ad integrare la determinatezza e l'intelligibilità della proposta stessa, ma non entra — almeno di regola e salvo diversa esplicitazione — in modo diretto a far parte altresì degli obblighi assunti del debitore stesso, come accade invece nel concordato misto, in cui ai creditori viene garantita una data percentuale di soddisfacimento. (in senso conforme si vedano Cass. 14 marzo 2014, n. 6022 e Cass 23 giugno 2011, n. 13817).*

*In presenza di concordato con cessione dei beni, nel quale l'indicazione della misura del soddisfacimento (anche per i creditori privilegiati) è effettuata solo ai fini della valutazione della convenienza economica della proposta e non costituisce l'oggetto di un'obbligazione assunta dal debitore, non opera l'esclusione (integrale o parziale) dal diritto di voto dei creditori privilegiati di cui rispettivamente al comma secondo ed al comma terzo dell'art. 177 legge fall., ipotesi rarevissibili solo in presenza di un piano in cui la previsione di soddisfacimento integrale (comma secondo) o parziale (comma terzo) dei creditori privilegiati abbia natura vincolante.*

*Le promesse rilevanti ex art. 1497 c.c. - norma applicabile al concordato preventivo con cessione dei beni - sono quelle che attengono alla struttura materiale, alla funzionalità o anche alla mancanza di attributi giuridici della cosa venduta, ma non alla corrispondenza o meno del valore del bene venduto al prezzo pattuito. (in senso conforme Cass. 14 marzo 2014, n. 6022)*

*La revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173 l. fall. non può essere pronunciata oltre il limite temporale della definitività del decreto di omologazione.*

*L'art. 138 l. fall. - applicabile al concordato preventivo ai sensi dell'art. 186 l. fall. - prevede l'annullamento del concordato omologato nelle sole ipotesi in cui emerge che è stato dolosamente esagerato il passivo ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo e non può essere, dunque, invocato nell'ipotesi in cui il passivo sia stato dolosamente tacito. Una volta omologato il concordato preventivo, i comportamenti dolosamente posti in essere a danno dei creditori dal debitore possono rilevare ai soli fini dell'annullamento di cui all'art. 138 l. fall. e nei limiti in cui tale annullamento è ammesso e, quindi, non possono essere invocati ai fini di giustificare la risoluzione del concordato ex art. 186 l. fall..*

A.NIC.



Tribunale di Savona, 13 maggio 2014 - Giudice Unico Princiotta - P.T. Edilizia srl - P.R. (Avv. Argenta) c. Banca P.L. spa (Avv. Scopsi, Laudadio, Sotgiu).

**CONTRATTI bancari - apertura di credito - commissione massimo scoperto - validità.**

*La commissione di massimo scoperto è valida se è espressamente e legittimamente pattuita dal contratto bancario il quale deve riportare l'indicazione dell'ammontare del tasso, dei criteri di calcolo e della sua periodicità soddisfacendo così i requisiti della determinatezza o determinabilità dell'onere aggiuntivo che viene imposto al cliente.*

CLI.P.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., ordinanze 5 maggio 2015 - Giudice Unico Davini.

**CONTRATTI bancari - inadempimento del mutuatario - opposizione a precesto - istanza di sospensione del titolo - usurarietà dei tassi applicati - rilevanza degli interessi moratori - conseguenze - nullità delle clausole relative agli interessi - obbligo di restituzione del solo capitale.**

(Art. 615 c.p.c.; art. 1815, cpv., c.c.; art. 644 c.p.)

*Non tenere conto dei tassi moratori permetterebbe di aggirare la normativa sull'usura predisponendo tassi moratori altissimi ed inoltre appare insensato considerare reato l'applicazione di tassi elevati, in quanto troppo onerosi per il debitore, e non considerare reato l'applicazione di interessi moratori che, aggiunti all'interesse convenzionale o in sostituzione di esso, sono ancora più elevati.*

*(Conforme: Cass. Civ., sez. I, 11/01/2013 n. 603; Cass. Civ., sez. I, 09/01/2013 n. 350).*

*La nullità delle clausole relative agli interessi in ogni caso non fa venire meno l'obbligo di restituzione del capitale mutuato, dedotte le somme ricevute dal mutuatario a titolo di rimborso del capitale e di pagamento dell'interesse.*

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. I. civ., 11 dicembre 2014, n. 3935 - Giudice Unico Lucca - S.S. (Avv.ti Boggiani e Grasselli) c. Intesa s.p.a. (Avv.ti Mione e Principato).

**CONTRATTO in genere - contratto di intermediazione finanziaria - cessione di ramo d'azienda - buona fede del risparmiatore - comunicazione intervenuta cessione di ramo d'azienda - opponibilità erga omnes - difetto di legittimazione passiva della società cedente - sussistenza.**

*La cessione di azienda avente ad oggetto il ramo relativo al Private Banking da parte di Intesa San Paolo in favore di Intesa San Paolo Private Banking, deve intendersi inclusiva di ogni rapporto attivo e passivo esistente al momento della cessione, ed è, di talchè, opponibile erga omnes ai sensi della disciplina di cui all'art. 50, c. 3, TUB (Nel caso di specie, il Tribunale di Genova ha dichiarato il difetto di legittimazione passiva in capo alla Banca cedente, in quanto nessun rilievo poteva essere attribuito alla buona fede ed alla difficoltà del risparmiatore di ricostruire vicende, quale lo è quella della cessione del ramo d'azienda, e le conseguenti dalla stessa derivanti, in quanto gli attori erano stati resi edotti del fatto che fosse intervenuta la cessione del ramo di azienda di attività di Intesa San Paolo che li riguardava. Ed invero, avevano sottoscritto apposita comunicazione di aver appreso tale cessione).*

A.DL.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 settembre 2014, n. 3030, Giudice Unico Tuttobene - S.F (Avv. Venè) c. S. (Avv. Milone).

**CONTRATTO di somministrazione di energia elettrica - emissione di fatture con ritardo - rimborso dell'indennizzo al somministrato - sussistenza - depotenziamento delle forniture - cliente moroso - illegittimità - insussistenza.**

*In costanza di rapporto il somministrante può emettere fatture con importanti ritardi, ma in tal caso deve riconoscere al somministrato l'indennizzo previsto ai sensi di contratto. In caso di morosità il depotenziamento della fornitura di energia ai sensi di contratto è legittima.*

CE.BRU.

Tribunale di Genova, Sez. VI civ., 12 dicembre 2014, n. 3956 - Giudice Unico Casanova - B. F. s.r.l. (Avv.ti Aielli e Brambilla) c. Fiera di Genova s.p.a. (Avv. Maniglio).

**CONTRATTO in genere - accolto - causa - assunzione pura e semplice di debito altrui.**

(art. 1273 c.c.; art. 1411 c.c.)

**PROVA civile - disconoscimento scrittura privata da parte di persone giuridiche - requisiti.**

*La causa dell'accordo deve ritenersi sussistente per il semplice fatto di assumere il debito altrui, in quanto già nell'obbligarsi per far proprio il debito altrui può cogliersi una funzione normativamente ritenuta capace di esaurire la causa del negozio senza che occorra altra giustificazione. La preesistenza del rapporto obbligatorio è un valore in sé idoneo a costituire causa sufficiente; la preesistenza del credito e, quindi, dell'interesse al suo soddisfacimento e all'affidamento del creditore giustificano la promessa, alla luce della speciale dignità di tutela che caratterizza la posizione del creditore per concorde apprezzamento sociale che il legislatore non potrebbe non far proprio.*

*(Conforme: Tribunale Napoli, sez. V, 06/06/2013).*

*Il disconoscimento della scrittura privata da parte di una persona giuridica necessita di un'articolata dichiarazione di diversità della firma risultante sul documento rispetto alle sottoscrizioni di tutti gli organi rappresentativi, specificamente identificati od identificabili, atteso che, nel caso della persona giuridica, assistita da una parte pluralità di organi con il potere di firmare un determinato atto, sussistono più sottoscrizioni qualificabili come proprie dell'ente. (Conforme: Cass. Civ., sez. I, 16/02/2010, n. 3620).*

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 19 dicembre 2014, n. 4113 - Giudice Unico Lucca - A.R. (Avv. Colla) c. F.T.R. (Avv. Penna).

**CONTRATTO in genere - contratto preliminare di vendita immobiliare - recesso - inadempimento - gravità - insussistenza.**

(Artt. 1385, 1455 c.c.)

*Per valutare la legittimità dell'esercizio del recesso dal contratto preliminare occorre verificare la definitività e la gravità dell'inadempimento del venditore, tenuto conto degli interessi del compratore. Nella compravendita di immobili, in assenza di*





irregolarità urbanistiche, la mera irregolarità catastale, in quanto superabile in breve termine presentando al Catasto una piantina aggiornata, non integra un inadempimento così caratterizzato.

F. BART.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 12 dicembre 2014, n. 3952 - Giudice Unico Calcagno - L. s.a.s. (Avv.ti Ricerputi, Blegino e Parodi) c. Agenzia del Demanio (Avvocatura dello Stato, Avv. Pugliaro).

**DEMANIO e patrimonio dello Stato - controversie in materia di canoni demaniali - giurisdizione ordinaria - sussistenza.**

(Art. 3 DL, 5/10/1993, n. 400, conv. Legge 191/1993)

**CIRCOLARE amministrativa - atto normativo interno - inopponibilità al concessionario.**

(Circ. Min. Trasp. e Nav., n. 116 del 26/02/2001)

*In materia di concessioni amministrative, le controversie concernenti indennità, canoni od altri corrispettivi, riservate alla giurisdizione del giudice ordinario, sono solo quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di interessi generali; quando, invece, la controversia coinvolga la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante, ovvero quando investa l'esercizio di poteri discrezionali-reattutativi nella determinazione del canone e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali (sia sull'an che sul quantum), la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. (Conf. Cass. [ord.], S.U., 25/11/2011, n. 24902; Cons. St., 18/04/2011, n. 2373; Cons. St., 03/02/2011 n. 787; Cons. St., 26/05/2010, n. 3348). La circolare non può produrre effetti paralizzanti della pretesa della ricorrente al giusto canone, una volta che il concessionario si sia rivolto al giudice ordinario per far constare la situazione considerata dalla normativa speciale in caso di parziale inutilizzabilità del compendio demaniale.*

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 19 dicembre 2014, n. 4112 - Giudice Unico Lucca - M. Srl. (Avv. Biagi) c. Comune di Genova (Avv. Allasia) e c. Agenzia del demanio (contumace).

**DEMANIO e patrimonio dello Stato - controversie in materia di canoni demaniali - giurisdizione ordinaria - sussistenza.**

(Art. 1 c.p.c., art. 2, l. 20.3.1865, all. E)

**DEMANIO e patrimonio dello Stato - controversie in materia di canoni demaniali - causa di definizione del contenzioso relativo ai canoni demaniali ex art. 1, cc. 732-733 l. 147/2013 - insussistenza.**

(Art. 1, cc. 732-733, l. 147/2013)

**DEMANIO e patrimonio dello Stato - controversie in materia di canoni demaniali - rimessione in termini per il versamento del dovuto - inapplicabilità.**

(Art. 1, cc. 732-733, l. 147/2013, art. 184 c.p.c.)

**DEMANIO e patrimonio dello Stato - concessione di pertinenza demaniale marittima - stabilimento balneare - qualificazione ai fini della determinazione del canone.**

(Art. 1, c. 251, 2.1, l. 296/2006)

*In applicazione dei notori principi del riparto di giurisdizione impiantati sulla posizione giuridica sostanziale tutelata (nella specie, di diritto soggettivo) e di distinzione tra esistenza di un potere autoritativo o carenza dello stesso, rientra nella giurisdizione ordinaria la domanda relativa alla determinazione dei canoni demaniali, poiché difetta nella determinazione della misura del canone un potere autoritativo e sussiste invece una posizione di diritto soggettivo. Invero, nella determinazione del canone, non rileva alcuna discrezionalità amministrativa da parte della PA, la quale è tenuta ad applicare i parametri fissati dalla legge e non a compiere scelte tra diversi interessi pubblici e privati per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.*

*Ai fini della definizione del contenzioso relativo ai canoni demaniali di cui alla legge di stabilità del 2014 [art. 1, cc. 732-733 l. 147/2013], il criterio di determinazione dei canoni demaniali dettato dalla normativa deve essere un criterio standard, che valga per tutti i giudizi, quelli in cui si discuta della misura del canone, ma anche quelli in cui si discuta della legittimazione passiva o per ipotesi anche sia dubbio quali canoni sono stati corrisposti o la loro imputazione ad un anno o ad un altro. Quindi l'esistenza di un pagamento parziale non può rilevare per stabilire quella che è la misura del "canone dovuto". Si tratta, invero, di una misura tipica del diritto tributario, che consente agevolazioni forfettarie con pagamenti di quote del dovuto: in tutti questi casi si astrae dalle vicende concrete del caso singolo.*

*La legge non prevede alcun istituto di determinazione giudiziale della somma dovuta per poter fruire dell'agevolazione connessa alla definizione del contenzioso relativo ai canoni demaniali, né è applicabile l'istituto della rimessione in termini di cui all'art. 184 c.p.c. perché la normativa sulla definizione non ha portata processuale, e, comunque, mancherebbe l'indescrivibile presupposto di applicazione per cui la parte sia incorsa in decadenze "per cause ad essa non imputabili".*

*Nella determinazione del canone per la concessione di una pertinenza demaniale marittima, cui si applica il punto 2.1, c. 251, art. 1, l. 296/2006, occorre fare riferimento non già alla classificazione catastale dello stabilimento balneare, ma alle distinzioni delle tabelle OMI [osservatorio del mercato immobiliare], e ai valori ivi indicati per gli esercizi commerciali, e non per i capannoni industriali.*

F. BART.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 23 dicembre 2014, n. 4149 - Giudice Unico la Mantia - X (Avv. Meneghelli) c. Arte (Avv. Toscano).

**EDILIZIA e urbanistica - complesso residenziale - parcheggi pertinenziali - mancata previsione nell'atto notarile - conseguenze.**

(Art. 18 Legge 6 agosto 1967 n. 765 e art. 26 Legge 28 febbraio 1985 n. 47)

*L'asservimento a parcheggio di aree coperte o scoperte nell'ambito di un complesso residenziale ai sensi dell'art. 18 della legge 6 agosto 1967 n. 765 e dell'art. 26 della legge 28 febbraio 1985 n. 47 comporta, ove l'attribuzione di tale destinazione non venga inclusa negli atti notarili di compravendita delle singole unità immobiliari, l'automatica sostituzione di una clausola di*



trasferimento del diritto d'uso rispetto alla clausola mancante per quanto concerne le aree coperte. Per quanto concerne invece le aree scoperte già trasferite in proprietà deve procedersi all'individuazione di quelle pertinenti a ciascun edificio del complesso, non essendo tale individuazione consentita con atto del condominio anziché in base alle misure normativamente prescritte e accertate dal giudice.

E.Z.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 22 dicembre 2014, n. 4129 - Giudice Unico Silvestri - F. (Avv.ti Ruggiero e Barbieri) c. EGL (Avv. Ferrari).

**ESECUZIONE forzata in genere - opponente - domanda riconvenzionale - ammissibile.**

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo l'opponente, stante la sua posizione sostanziale di convenuto, può (diversamente dall'opposto, sostanziale attore) proporre domande riconvenzionali o diverse o nuove eccezioni, nei limiti disposti dagli artt. 147 e 345 c.p.c.

E' valido il decreto ingiuntivo del pagamento di una fatturazione integrativa conseguente a malfunzionamento e sostituzione di un contatore Enel essendo state seguite, ancorché non in contraddittorio, le procedure disposte dall'AEEG, ove l'opponente non provi l'erroneità dei conseguenti calcoli.

E.Z.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 10 dicembre 2014 - Pres. Pellegrini - Est. Casale - Curatore di C.D. (Avv. Bruzzone) c. C.D (contumace).

**INTERDIZIONE e inabilitazione - inabilitazione - revoca - conversione in amministrazione di sostegno - ammissibilità.**

(Artt. 404 e 418, comma 3, c.c.)

La domanda di revoca dell'inabilitazione va accolta, posto che con l'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno è entrata in vigore nel nostro ordinamento una misura di protezione che, laddove ne sussistano i presupposti di legge consente una migliore tutela della persona senza sacrificare esageratamente i diritti.

C.MED.

Tribunale di Genova, sez. lav., 12 gennaio 2015, n.13 - Giudice Unico Ravera - Silvestri (Avv. Buffa) c. Campani (Avv. Golda).

**LAVORO (rapporto di) - associazione in partecipazione - novazione oggettiva - necessità della prova.**

(Artt. 2094,2119,2549 cod.civ.)

Iniziato un rapporto di lavoro subordinato, per sostenere che questo si è trasformato in associazione in partecipazione, non è sufficiente allegare un contratto in tal senso, ma occorre fornire la prova della effettività di tale associazione, e quindi che vi è stata novazione oggettiva: in altri termini, un effettivo mutamento dello svolgimento delle prestazioni lavorative come conseguenza del venir meno del vincolo di assoggettamento del lavoratore al datore di lavoro, ancorché rimanga eventualmente identico il contenuto della prestazione (nella specie è stato ritenuto che nulla fosse cambiato quanto alle modalità esecutive del rapporto)

Costituisce giusta causa di licenziamento il comportamento del lavoratore che rivolge frasi offensive, volgari e minacciose al proprio datore di lavoro. In tal caso, in capo a quest'ultimo sorge anche il diritto al risarcimento del danno morale.

A. FONT.

Tribunale di Genova, 7 ottobre 2013, n. 2908 - Giudice Unico Bianchi - T. Srl (Avv. Viani) c. T.G. (Avv.ti Mutti e Pangrazi Liberati).

**LOCAZIONE - locazioni conclusive dall'usufruttuario - successione pieno proprietario diritti e obblighi ex usufruttuario - sussistenza.**

L'art. 999 codice civile - laddove prevede che le locazioni conclusive dall'usufruttuario siano opponibili al pieno proprietario dopo la cessazione dell'usufrutto - postula inevitabilmente la successione del pieno proprietario dei diritti e negli obblighi contrattuali assunti dall'ex usufruttuario-locatore.

CE.BRU.

Tribunale di Genova, sez. III. civ., 11 dicembre 2014, n. 3941 - Giudice Unico Ferrari - F. (Avv. Bottone) c. C. s.r.l. (Avv.ti Agostino e Petriello).

**LOCAZIONE - Contratto di locazione commerciale - risoluzione per mancato pagamento dei canoni di locazione previsti dal contratto - mutamento dell'originaria domanda di adempimento in domanda di risoluzione.**

(Art. 1453 c.c.)

Il mutamento dell'originaria domanda di adempimento in domanda di risoluzione ex art. 1453, c. II, c.c., rappresenta un principio di ordine processuale che deroga alle disposizioni del codice di rito (artt. 183, 184 c.p.c.), che vietano la "mutatio libelli" nel corso del processo.

Ed invero, il mutamento della domanda di adempimento in domanda di risoluzione costituisce l'Esercizio di una facoltà riconosciuta alla parte dalla legge (art. 1453 c.c.) e non richiede l'accettazione del contraddittorio della controparte, né postula, per altro verso, che la relativa dichiarazione sia sottoscritta dalla parte personalmente o da un procuratore speciale, non consistendo in un atto di disposizione del diritto in contesa, bensì in un'attività processuale che di tale diritto costituisce soltanto una modalità di Esercizio e che, conseguentemente, rientra nei poteri del procurator ad litem, il quale è abilitato a proporre, in aggiunta o in sostituzione di quelle proposte in atto di citazione, tutte le domande ricollegabili all'originario petitum.

(Conforme, Cass. 4325/1987)

A.DL.

Tribunale di Savona, sezione civile, 7 giugno 2014, n. 861, Giudice Unico Princiotta - E. e M. S.r.l. (Avv. Argenta) c. Banca I. S.p.a. (Avv. Negro).

**PROCEDIMENTO civile - domanda di accertamento della nullità del contratto - onere della prova - produzione in giudizio del contratto - necessità.**

(Artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c.)

In caso di domanda di accertamento della nullità di clausole con-



trattuali, in difetto della produzione del documento negoziale e/o di prova della convenzione, resta precluso ogni esercizio del potere di rilevo ufficioso delle dedotte nullità del contratto, con conseguente rigetto rigetto della domanda attorea, poiché generica e non provata sui fatti costitutivi del diritto azionario.

(*Nel caso di specie il Giudice ha rigettato la domanda degli attori volta ad accertare e dichiarare la nullità della clausola relativa agli interessi e di capitalizzazione di svariati contratti bancari, nonché la domanda di condanna della banca convenuta a restituire quanto indebitamente percepito a seguito della capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, dell'applicazione di interessi superiori al tasso soglia e della commissione di massimo scoperto, in quanto detti attori non hanno prodotto in giudizio copia dei contratti di conto corrente oggetto di causa.*)

F.BGN.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 26 novembre 2013 - Giudice Unico Cozzani - Argo (Avv. Rosso) c. Provincia di Genova (Avv. Ciavarolo).

**PROPRIETÀ - varchi carrabili "a raso" - nozione - assoggettabilità a tributo - condizioni.**

(D.Lgs. 15 dicembre 1997 n. 446; regolamento provinciale 19 ottobre 2005)

*Il presupposto per la corresponsione del canone per occupazione di spazi od aree pubbliche (cosap) di cui al D.Lgs. 15 dicembre 1997 n. 446, art. 63, e successive modifiche, va individuato nell'occupazione che comporti un'effettiva sottrazione della superficie all'uso pubblico. Ne consegue che gli accessi carrabili c.d. "a raso", cioè a filo con il manto stradale, sono soggetti a tributo solo quando dietro espressa richiesta del proprietario e previo rilascio di apposito cartello segnaletico, la Provincia emetta il relativo provvedimento, con cui vieta l'utilizzo di detta area da parte della collettività.*

A.FONT.

Tribunale di Savona, 24 luglio 2014 - Giudice Unico Acquarone - Sporting Club (Avv. Diotti) c. C. (Avv. Mirenghi).

**PROPRIETÀ - discoteca - attività non temporanea - immissioni rumorose notturne - superamento della soglia di tollerabilità - valutazione del giudice.**

(Art. 844 c.c.; Legge 27 febbraio 2009 n. 13)

*L'art. 844, primo comma, cod. civ., allorché vieta le immissioni nel fondo del vicino di rumori che superano la normale tollerabilità, tutela il riposo, specialmente quello notturno, e quindi il diritto alla salute, oggi garantito dalla Costituzione stessa all'art. 32.*

*L'esercizio di una discoteca non può essere qualificato come attività temporanea, ma, semmai, stagionale, in quanto la temporaneità è una caratteristica oggettiva e non dipende dal fatto che il gestore per motivi personali e contingenti decida di utilizzare solo parzialmente una struttura stabile e durevole; ne consegue che nella specie non può trovare applicazione l'art. 6 ter della legge 27 febbraio 2009 n. 13, in forza del quale possono derogare al disposto dell'art. 844 cod. civ. le leggi ed i regolamenti in vigore che disciplinano specifiche fonti di disturbo e la priorità di un determinato uso.*

*Perciò la disciplina delle immissioni acustiche nei rapporti tra privati va rinvenuta, in relazione al caso esaminato, nel disposto dell'art. 844 cod. civ., per il quale anche quando non superino i li-*

*miti fissati dalle norme di interesse generale, il giudizio in ordine alla loro sopportabilità va compiuto secondo il prudente apprezzamento del giudice di merito che deve tener conto della situazione concreta.*

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 13 aprile 2011 - Giudice Unico Vinelli - M. (Avv. ti Matzeu e Marazza) c. F. (Avv. Sarni) e c. M. Ass. ni (Avv. Soave).

**RESPONSABILITÀ civile - appalto - responsabilità dell'appaltante e dell'appaltatore - danno non patrimoniale - risarcibilità - limiti.**

**ASSICURAZIONE (contratto di) - operatività della copertura - esclusione - colpa grave dell'assicurato.**

*Sono risarcibili le sole fattispecie di danno previste dalla legge (danno patrimoniale, biologico e non patrimoniale) con esclusione delle numerose ulteriori voci di danno sorte da dottrina e prassi giurisprudenziali (estetico, esistenziale, alla vita di relazione), le quali possono rilevare in sede di adeguamento al caso specifico delle somme liquidate come risarcimento.*

*Nell'ipotesi di appalto d'opera, accanto alla responsabilità dell'appaltatore che a causa della sua condotta gravemente imposta e negligente abbia causato i danni oggetto di causa, va riconosciuta una corresponsabilità dell'appaltante qualora costui abbia tenuto una condotta colposa che ha concorso a produrre i danni (Nel caso di specie, oltre ai gravi errori dovuti a negligenze ed imperizie compiuti dall'appaltatore, vi sono state anche un'importante colpa in eligendo ed inadeguate progettazioni preventive dell'appaltante).*

*L'operatività della polizza assicurativa per responsabilità civile non può essere esclusa per la sola colpa grave o gravissima dell'assicurato, ma solo per dolo di quest'ultimo, sempre che le parti non abbiano concluso un espresso accordo in senso contrario.*

*In mancanza di espressa pattuizione in senso contrario, non è possibile escludere la copertura assicurativa per i danni prodotti sotto la vigenza della polizza e causati da una condotta tenuta (anche) in parte prima dell'operatività della polizza medesima.*

F.BGN.

Tribunale di Savona, 20 maggio 2014 - Giudice Unico Princiotta - Impresa E.G. (Avv. ti Lucchese, Sclano e Di Blasio) c. E.C. srl c. M.B (Avv. ti F. e A. Beltrametti).

**RESPONSABILITÀ civile - rovina e difetti di cose immobili - responsabilità direttore dei lavori - sussiste.**

*L'azione di responsabilità per rovina e difetti di cose immobili prevista ai sensi dell'art. 1669 c.c. può essere esercitata anche dall'acquirente contro il venditore qualora questo abbia costruito l'immobile sotto la propria responsabilità purché il bene presenti gravi difetti che pregiudichino o ledano in modo significativo il godimento, la funzionalità o l'abitabilità dell'edificio.*

*Per l'appaltatore ricorre la responsabilità di cui all'art. 1669 c.c. anche quando le carenze costruttive dell'opera ricadono su elementi secondari e accessori tali da compromettere la funzionalità e l'abitabilità dell'immobile. (Nel caso di specie, l'acquirente dell'immobile lamentava la presenza di consistenti tracce di umidità all'interno del bene tale da renderlo inidoneo all'uso).*

CLI.P.



Tribunale di Genova, sez. II civ., 11 dicembre 2014, n. 3940, Giudice Unico Bonsignore - F.G.R. (Avv. Mandarini) c. Comune di Genova (Avv. Carassale).

**RESPONSABILITÀ civile - responsabilità per cose in custodia - manutenzione e pulizia dei parchi - insidia - danno risarcibilità - criteri.**

(Art. 2051 c.c.)

*Si applica la disciplina di cui all'art. 2051 c.c. ai danni sofferti dagli utenti di parchi cittadini a causa della cattiva e/o omessa manutenzione e pulizia da parte della P.A. (e dei suoi incaricati). Ed invero, l'attenzione, la manutenzione e la pulizia da parte della P.A. in relazione ai parchi - che, per di più, sono spesso frequentati da bambini - dovrebbe essere più presente e costante al fine di evitare che si verifichino incidenti. Ciò, a maggior ragione, se si considera che l'estensione territoriale dei parchi è decisamente più circoscritta rispetto a tutto il "territorio genovese". Conseguentemente, sul danneggiato incombe il solo onere di provare il nesso eziologico tra la cosa in custodia e il danno, che sussiste o se il nocimento è stato causato dal dinamismo connaturato alla cosa o se in essa è insorto un agente dannoso, ancorché proveniente dall'esterno (Conforme, Cass. n. 10687/2001).*

*Con riguardo al criterio di liquidazione della componente fondamentale di tale danno non patrimoniale, ovvero del danno biologico - rinviando, a tale proposito, alla nota decisione di questa stessa II Sezione Civile n. 2270 del 28/09/1998 -, deve trovare applicazione il sistema del "punto tabellare" del Tribunale di Milano, ancorché si tratti di lesioni c.d. micro permanenti (Nella specie, il Tribunale di Genova non ha ritenuto di discostarsi da quanto stabilito nella comunicazione del 26/10/2011 dal Presidente di Sezione in tema di applicabilità al caso di specie delle tabelle milanesi; vieppiù dopo l'emissione della recente sentenza n. 235 del 2014 della Consulta, nella quale è stato chiarito, con riferimento all'art. 139 del Codice delle Assicurazioni - che ha introdotto il meccanismo tabellare di risarcimento del danno esclusivamente per le lesioni di lieve entità derivanti da sinistri stradali -, che detta disposizione normativa non è in contrasto con l'art. 3 della Costituzione. In particolare, il Giudice delle leggi, nella citata pronuncia, ha affermato che dall'applicazione della suddetta normativa non consegue alcuna disparità di trattamento, in presenza di identiche lievi lesioni, tra le vittime di incidenti stradali ed i danneggiati in conseguenza di eventi diversi).*

*Sulle somme risarcitorie riconosciute è dovuta, sulla base dei principi generali afferenti i debiti di valore, la rivalutazione monetaria dalla data dell'evento fino al dì della liquidazione, da calcolarsi applicando gli indici ISTAT del costo della vita. Per il calcolo degli interessi compensativi, invece, occorre applicare il criterio stabilito dalla nota sentenza a Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 1712 del 17/02/1995), in virtù del quale gli interessi sui debiti di valore vanno calcolati sulla somma corrispondente al valore della somma al momento dell'illecito, via via rivalutata anno per anno sulla base dei noti indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati. Infine, devono trovare altresì applicazione gli ulteriori interessi legali (di natura corrispettiva) sulle somme liquidate, per tutti i titoli di danno, e sulle relative rivalutazioni monetarie, dalla data dell'emanazione della sentenza e fino al dì del pagamento.*

A.DL.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 19 dicembre 2014, n. 4114 - Giudice Unico Scarzella - N.T.C. (Avv. Rosso) c. Az. Ospedaliera San Martino (Avv. Picasso) e c. Zurich Insurance Plc (Avv. Ottolenghi).

**RESPONSABILITÀ civile - responsabilità medica - cronologia degli eventi - prova - cartella clinica.**

(Artt. 2043 c.c. e 221 ss. c.p.c.)

*In tema di responsabilità del personale sanitario, la cronologia degli eventi relativi al soccorso prestato al paziente è dimostrata in modo incontrovertibile dalla cartella clinica, documento avente fede privilegiata se non oggetto di querela di falso.*

F.BART.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 30 dicembre 2014, n. 4188 - Giudice Unico Albino - B. (Avv. ti Casagarande e Cesarone) c. P. (Avv. Campanella).

**RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da cose in custodia - onere della prova - criteri per l'accertamento del nesso causale.**

(Artt. 2051 e 2697 c.c.; artt. 40 e 41 c.p.)

*Nella responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia incombe sul danneggiato la prova del nesso eziologico tra la res e l'evento lesivo; lo standard di "certezza probabilistica" vigente in materia civile rispetto all'accertamento del nesso causale non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va identificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma - e, nel contempo, di esclusione di altri possibili eventi alternativi - disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica); nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma.*

*(Nel caso di specie, la domanda di risarcimento dei danni cagionati da infiltrazioni avanzata dal proprietario di un locale nei confronti dei proprietari del locale soprastante è stata ritenuta sfornita di prova in punto nesso causale, in quanto, a fronte di una relazione del consulente tecnico d'ufficio che si è espressa nel senso della riconducibilità "con un alto grado di probabilità, ma senza "certezza totale" delle cause delle infiltrazioni alla "vetusta impermeabilizzazione e componentistica della cella frigorifera" dei convenuti, non è stato possibile affermare con elevato grado di probabilità che i danni lamentati dall'attore fossero direttamente riferibili alla cella frigorifera e/o ad utenze ubicate nei locali di proprietà dei convenuti e con esclusione di possibili fattori alternativi idonei a cagionare il danno).*

*(In senso conforme Cass. S.U. 581/2008).*

Tribunale di Genova, sez. II civ., 29 dicembre 2014, n. 4185 - Giudice Unico Fabris - G. (Avv. Ventura) c. S. (Avv. ti Jaccheri e Giroto), C. Assicurazioni S.p.a. (Avv. Soave), Casa di Cura S. (Avv. Maffi).

**RESPONSABILITÀ civile - responsabilità del prestatore d'opera - attività medico-chirurgica - onere della prova.**

(Artt. 1218, 2236, 2697 c.c.)

*Nei rapporti tra paziente e medico, il paziente/credитore ha l'obbligo di provare l'esistenza del rapporto fonte delle obbligazioni e l'aggravamento o l'insorgenza di una patologia, allegando, poi, l'inadempimento oggetto di doglianza, inadempimento che deve essere qualificato eziologicamente, nel senso di essere potenzialmente idoneo a procurare il danno lamentato (Conf. Cass. S.U.*



577/2008 e Cass. 1620/2012), mentre il medico dovrà dimostrare, con riferimento all'art. 1218 c.c., di aver correttamente adempiuto alle proprie obbligazioni, in particolare con riferimento alla prova che nessun rimprovero di scarsa diligenza o imperizia può essergli mosso (Conf. Cass. 15993/2011).

(Nel caso di specie, il Giudice ha ritenuto sussistente la responsabilità del medico in relazione ai danni occorsi al paziente nell'ambito di un trattamento sanitario, non avendo il medico assolto all'onere probatorio finalizzato a provare l'esatto adempimento, ovvero idoneo a provare l'esistenza di un caso fortuito).

F.BGN.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 23 marzo 2015 - Pres. D'Arienzo - Rel. Castiglione - C.D. (Avv. Granara) c. Ministero dell'Università e della Ricerca (Avvocatura distrettuale dello Stato).

**RESPONSABILITÀ civile - responsabilità degli insegnanti - dovere di vigilanza - caso fortuito - insussistenza.**

(Artt. 2043 e 2048 c.c.)

Il dovere di vigilanza degli insegnanti deve essere inteso in senso non assoluto, ma bensì relativo e tale obbligo, secondo un criterio di adeguatezza, è inversamente proporzionale al grado di maturità degli alunni. Con il progressivo raggiungimento del pieno discernimento il dovere di vigilanza degli insegnanti richiede, infatti, sempre meno la loro presenza continuata, non dovendo in ogni caso venir meno le più elementari misure organizzative dirette a mantenere la disciplina tra gli allievi. (La Corte d'Appello nel caso di specie ha mandato esente da responsabilità il Ministero dell'Università e un docente di una classe di terza media che al cambio dell'ora non ha prestato vigilanza continuata all'interno della classe, ma bensì sulla soglia e in attesa della collega).

C.GIA.

Tribunale di Savona, 6 giugno 2014, Giudice Unico Princiotto G. (Avv. Liconti) c. I. (contumace).

**REVOCATORIA (azione) - società controllante - fallimento - vendita immediatamente successiva - ammissibilità dell'azione - frutti civili - prova - necessità - imputazione al fallimento - decorrenza.**

Ai sensi dell'art. 67 secondo comma della legge fallimentare ed in presenza degli altri requisiti richiesti, è fondata l'azione revocatoria della vendita a terzi di beni immobili da parte di una società poi fallita effettuata nei giorni immediatamente successivi al fallimento della società controllante della stessa quale elemento qualificante l'atto revocabile.

I frutti civili maturati in capo all'acquirente nel periodo di detenzione dei beni oggetto della revocatoria, se provati, sono riconosciuti al fallimento non dalla data dell'atto di compravendita bensì con decorrenza dalla data di notifica dell'azione revocatoria, stante la natura costitutiva della stessa.

E.Z.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 7 luglio 2014, n. 2462 - Giudice Unico Scarzella - G. (Avv. Carra) c. C. (Avv. Spanò).

**SOCIETÀ - società di persone - recesso del socio - prova**

**- iscrizione al Registro delle Imprese - limiti - penale.**

Ai fini di determinare il momento esatto del recesso dalla società, la data della missiva con cui il socio lo esercita non rileva, qualora in concreto non vi sia stata operatività del recesso medesimo (se, cioè, il socio continua a ricevere le convocazioni alle assemblee ed è sempre qualificato come tale anche dagli altri soci); in tal caso fa fede il dato formale dell'iscrizione del recesso al Registro delle Imprese.

F. BGN.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 23 settembre 2014, n. 3043 - Giudice Unico Morabito - B.A. (Avv. Sardu) c. ENI SPA (Avv. Ghisilieri).

**SOMMINISTRAZIONE (contratto di) - inesatto adempimento dell'obbligazione - ripartizione onere probatorio - fonte negoziale del diritto e relativo termine di scadenza - creditore precedente- avvenuto adempimento - debitore convenuto.**

In materia di inadempimento contrattuale vige il principio per cui grava sul creditore, contraente somministratore, l'onere di provare l'esistenza del credito, mentre è a carico del debitore la prova dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi della pretesa.

Nell'ipotesi in cui l'opposizione a decreto ingiuntivo si sostanzi in un'eccezione di inadempimento anche soltanto parziale, rispetto all'obbligazione di erogazione continua e automatica di gas, il convenuto in opposizione (ENI SPA) è gravato della prova del proprio adempimento, mentre l'attore in opposizione è tenuto unicamente ad allegare l'altrui inadempimento.

Spetta sempre al fornitore, che pretende il pagamento delle somme contestate dimostrare la corrispondenza della fornitura erogata, riportata in fattura, a quella evidenziata dal contatore centrale.

Il contratto di fornitura di gas, pur mutuando il proprio contenuto da provvedimenti legislativi ed amministrativi, ha natura privatistica ed i rapporti che ne discendono sono regolati dal codice civile; pertanto sul fornitore di gas, al pari di qualsiasi altro creditore incombe l'onere di provare la prestazione eseguita e tale onere non può adempire semplicemente producendo la fattura, che è atto unilaterale di natura contabile, inidonea a spiegare efficacia probatoria a favore della parte che l'ha emessa. (Fatti-specie in cui la parte opponente, utente del contratto di somministrazione, aveva eccepito l'inadempimento parziale della società Eni Gas, consistente nell'emissione di una fattura di importo significativamente in eccesso rispetto ai consueti consumi del nucleo abitativo. Nella specie, il contraente somministratore non aveva fornito la prova (documentale e/o testimoniale) volta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore e la corrispondenza tra il dato fornito da esso e quello riportato in fattura).

SO.C.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 21 aprile 2015, n. 554 - Pres. Latella - Rel. Maistrello - Banca Popolare dell'Emilia Romagna (Avv. ti Bione e Radicioni) c. Dereff s.p.a. (Avv. Bennati) e Unicredit s.p.a. (Avv. Flick) e Banca Carige s.p.a. (Avv. Borchi) e Banca Regionale Europea s.p.a. (Avv. Ghigliotti).

**TITOLI di credito - cambiale - clausole di esonero dall'obbligo di comunicare al cliente eventuali ritardi nel pagamento e/o nell'elevazione dei protesti contenute in condizioni generali di contratto predisposte dalla banca - vessatorietà delle clausole nonché abuso del diritto.**



(Art. 52 legge cambiaria; artt. 1341 e 1342 c.c.; art. 1366 c.c.)

**TITOLI di credito - cambiale - clausole di esonero dall'obbligo di comunicare al cliente eventuali ritardi nel pagamento e/o nell'elevazione dei protesti contenute in condizioni generali di contratto predisposte dalla banca - generico richiamo di tali clausole alla normativa bancaria senza che la stessa sia allegata al contratto - nullità delle clausole nonché abuso del diritto.**

(Art. 52 legge cambiaria; art. 3 norme bancarie uniformi)

**TITOLI di credito - cambiale - rapporti fra banca scontataria di cambiali e cliente - fattispecie giuridica del mandato - diligenza professionale - obbligo della banca scontataria di assumere informazioni presso la sua domiciliataria sull'esito dei titoli.**

(Art. 1710 c.c.)

*Le clausole contenenti l'esonero delle banche scontatarie di cambiali dall'obbligo di assumere informazioni in ordine all'esito dei titoli dalla loro domiciliataria, incaricata della riscossione dei titoli, e dall'obbligo di comunicazione al loro cliente di eventuali ritardi nel pagamento e/o dell'eventuale elevazione di protesti, hanno carattere vessatorio, perché contenute in condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte dall'Istituto bancario.*

*Inoltre tali clausole integrano un abuso del diritto, giacché la qualifica di mandataria del cliente in capo alla banca scontataria dei titoli impone alla stessa di agire con la specifica diligenza professionale richiestale per la tutela degli interessi del cliente, che potrebbe subire un irreparabile pregiudizio a causa dell'eccessivo ritardo nella restituzione dei titoli: del resto le banche scontatarie sono nella possibilità di rifiutare le operazioni di sconto a/o di anticipo dei titoli richieste dal cliente.*

*Sono meramente generiche e quindi nulle le clausole della normativa bancaria che il cliente dichiara di conoscere e di aver accettato, senza che la normativa bancaria sia allegata al contratto concluso fra la banca ed il cliente.*

*La banca scontataria di cambiali ricevute dal cliente assume la qualifica di mandataria nei confronti dello stesso, restando obbligata ad agire con la specifica diligenza professionale per la tutela dei suoi interessi.*

*Costituisce grave violazione degli obblighi della banca scontataria di cambiali la mancata verifica dei motivi per cui non le vengono per lungo periodo comunicazioni dalla banca domiciliataria circa l'esito dei titoli.*

A.B.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 5 marzo 2015 - Giudice Unico Ricco - O. (Avv. Migliardi) c. Alitalia CAI S.p.A. (Avv.ti Norelli, Meglio e Frantoni).

**TRASPORTO - trasporto aereo - risarcimento del danno - prescrizione - termine biennale - decorrenza.**

(Art. 35 Convenzione di Montreal 28 maggio 1999; Regolamento (CE) n. 889/2002; art. 949 ter Cod. nav.)

*Alla luce dell'art. 35 Convenzione di Montreal del 1999, il termine, di cui all'art. 949 ter codice della navigazione, deve intendersi, come termine di decadenza anziché di prescrizione.*

*Ne consegue che il diritto al risarcimento per danni si estingue nel termine di due anni, decorrenti dal giorno di arrivo a desti-*

*nazione o dal giorno previsto per l'arrivo a destinazione dell'aeromobile o dal giorno in cui il trasporto è stato interrotto.*

A.B.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 24 dicembre 2014, n. 4163 - Giudice Unico Calcagno - Amiu (Avv. Lovisolo) c. X (Avv. Ivaldi).

**TRIBUTI in genere - servizio di smaltimento dei rifiuti - richiesta di rimborso dell'IVA versata con il pagamento della TIA - legittimità della richiesta.**

*E' fondata la richiesta da parte di utenti del servizio pubblico di smaltimento rifiuti volta ad ottenere il rimborso dell'IVA ritenuta indebitamente versata all'azienda erogatrice del servizio in connessione con il dovuto pagamento della TIA, avendo questa prestazione carattere di tributo e non già di corrispettivo contrattuale e non risultando in contrasto con la normativa comunitaria che riconosce l'ammissibilità di tributi determinati in base a stime volumetriche fissate autoritativamente e non in base alla corrispondenza tra valore del servizio e corrispettivo dovuto dall'utente.*

E.Z.

Tribunale di Genova, Sez. I civ., 2 luglio 2015, n. 2116 - Giudice Unico Spera.

**TRIBUTI locali - TIA - natura tributaria - assoggettabilità ad IVA - esclusione.**

**PROCEDIMENTO civile - pluralità di azioni promosse da più parti - identità di contenuto - identità del difensore tecnico degli attori - medesimo soggetto convenuto - abuso del processo - configurabilità - effetti distorsivi - eliminazione - necessità - compensazione delle spese - rimedio.**

*La tariffa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, istituita dall'art. 49 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, non è assoggettabile ad IVA, in quanto essa ha natura tributaria, mentre l'imposta sul valore aggiunto mira a colpire una qualche capacità contributiva che si manifesta quando si acquisiscono beni o servizi versando un corrispettivo, in linea con la previsione di cui all'art. 3 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, e non quando si paga un'imposta, sia pure destinata a finanziare un servizio da cui trae beneficio il medesimo contribuente.*

*Configura un "sostanziale abuso del processo" la moltitudine di cause proposte dallo stesso difensore tecnico nei confronti del medesimo soggetto convenuto, che siano sostanzialmente identiche nel loro contenuto salvo che per gli attori, in considerazione del fatto che tali azioni avrebbero potuto essere concentrate in un numero minore, con evidenti semplificazioni. In conformità all'orientamento della Corte di Cassazione (sent. n. 9488/2014), il carattere "abusivo" di una azione non determina la sua inammissibilità, non essendo illegittimo lo strumento adottato bensì la modalità della sua utilizzazione, ma impone l'eliminazione degli effetti distorsivi che ne derivano, la quale può essere realizzata attraverso la integrale compensazione delle spese di giudizio (fattispecie riguardante la richiesta di rimborso dell'IVA sulla TIA promossa dallo stesso difensore tecnico con numerose "azioni collettive" di natura seriale, esperite nell'interesse di una decina di attori ciascuna, identiche nel loro contenuto ed intentate nei confronti del medesimo soggetto gestore del servizio di raccolta dei rifiuti).*

M.F.



# Documenti

## *Il giuramento: quando le parole diventano pietre\**

*Note di antropologia giuridica.  
Sopravvivenze magico-rituali  
nell'ordinamento giuridico.*

**Marcello Castiglione**  
Magistrato, Corte d'Appello di Genova

**Sommario:** 1. Premessa: il concetto di giuramento in antropologia giuridica; - 2. La parola e i tabù di parole; - 3. Parola, religione e mito; - 4. Mitografia del giuramento; - 5. La forza persuasiva della parola: giuramento, diritto e ragione suasoria; - 6. Diritto, giustizia e il paradigma della modernità.

### 1. Premessa: il concetto di giuramento in antropologia giuridica.

Nel nostro ordinamento processuale, governato dai principi della libera valutazione delle prove e della libertà di convincimento del giudice, sopravvive un mezzo di prova legale come il giuramento(1). E' quello che gli antropologi (2) chiamano un "survival"(3), la sopravvivenza storica di un'epoca arcaica in cui il diritto si confondeva con la religione (4). L'efficacia del giuramento non risiede nella legge o nella valutazione del giudice, sta tutta nelle parole. Il mondo primitivo e le religioni arcaiche non conoscono parole vuote, "parole che non sono altro che parole"; ovvero per la mentalità primitiva le parole non sono solo segni convenzionali, ma sono la sostanza della realtà, contengono l'essenza stessa delle cose. La parola esprime vita e potenza. Crea o modifica la realtà. Come tale deve essere trattata con cautela, perché risveglia una potenza, che può essere benefica o pericolosa. Chi parla non esprime dei concetti, ma mette in circolazione delle forze e potenzialità, si apre e si espone verso gli altri, nel bene o nel male. Alcune parole, poi, possono essere pronunciate una volta sola. Sono sempre - le parole - irretrattabili ed irrevocabili. Hanno potenzialità infinite ed incalcolabili. Sono come le pietre: sono dotate di corporeità e sostanza; quando sono lanciate possono fare del male e non tornano indietro. Le parole più antiche del linguaggio sono quelle che esprimono ed esteriorizzano i sentimenti, le emozioni, le passioni, le potenzialità dell'animo umano. Le parole più potenti sono spesso incomprensibili; anzi spesso l'incomprensibilità aumenta la potenza della parola, come avviene in tanti rituali religiosi nei quali si tramanda e si perpetua l'uso di lingue antiche e di formule tralatizie, non più usate nel linguaggio corrente, di cui tante volte s'è perso il significato. La potenza della parola raggiunge il suo culmine nelle formule magiche e rituali, nelle quali la conservazione e la ripetizione della potenza è garantita ed assicurata dalla successione delle parole, dal ritmo, dalla tonalità. Ovviamente, le formule non devono essere modificate per conservare intatta la forza delle parole: ciò spiega il conservatorismo del linguaggio religioso e liturgico nel quale sono fossilizzate espressioni arcaiche, non più vive perché superate dall'evoluzione del linguaggio. An-

che la ripetizione delle parole ne aumenta la potenza, come avviene nelle preghiere ripetitive, o nelle invocazioni agli dei in cui sono ripetuti fino alla noia molteplici epiteti, rivolti alla divinità, spesso equivalenti tra loro, allo scopo - per l'appunto - di rivolgere contro la stessa divinità la forza delle parole, costringere la sua volontà ad esaudire la preghiera, irretendola - in un certo senso - in una trappola fatta di parole. Le preghiere derivano dalle formule magiche; come in queste si dispiega la potenza delle parole, che obbliga il dio ad agire. Il canto rafforza ed amplifica la potenza insita nelle parole. Mette in opera una potenza più grande della parola pura e semplice. "Chi canta prega due volte" diceva S.Agostino(5).

### 2. La parola e i tabù di parole.

Tutto quanto sopra s'è detto spiega i c.d. "tabù di parole": argomento - questo - amplissimo e ben noto alla ricerca etnografica, al quale il Frazer ha dedicato un capitolo del suo celeberrimo "Il Ramo d'oro"(6). La potenzialità insita nelle parole e la difficoltà per i primitivi di distinguere le parole dalle cose o dalle persone spiega il divieto di pronunciare il nome della divinità, o di personaggi umani potenti come il re, il sacerdote, il mago. Pronunciare il nome di dio o del re equivaleva a toccarlo ed esponeva il pronunciante al pericolo incalcolabile derivante dal contatto fisico con una potenza molto superiore alla sua. Spiega anche - la potenza delle parole - l'uso magico e religioso delle parole stesse in rituali destinati a produrre effetti nel mondo reale, come avviene nel linguaggio aiscrologico (7), ovvero nell'impiego di parole oscene, che attingono alla potenza della sfera sessuale, per procurare e favorire la fertilità dei campi e degli animali ed aumentarne la produttività. Onde l'aiscrologia, utilizzando la forza fecondatrice delle parole, ha sempre trovato largo impiego nei rituali agricoli. Le parole sono utilizzate anche nei rituali funerari, nei quali le lamentazioni sviluppano un'energia che aiuta l'anima del defunto a compiere il passaggio dalla vita terrena al mondo dei morti (8).

E' bene avvertire che la potenza delle parole può rivolgersi anche contro chi le utilizza, se non ne fa un uso appropriato e controllato. Ovvero chi fa uso delle parole si consacra alla loro potenza, espone se stesso e gli altri agli effetti che possono derivare dal dispiegamento incontrollato della potenza. Come afferma efficacemente e con estrema chiarezza G. van der Leeuw, il giuramento è parola di consacrazione. In esso la potenza delle parole trova una delle sue massime espressioni. Anche se ci porta nel terreno della fenomenologia giuridica (9), è un fenomeno essenzialmente religioso. "Il giuramento è una parola potente, che agisce automaticamente". Non implica necessariamente - il giuramento - che il contenuto delle parole corrisponda alla realtà. Esso ha la virtù di rendere vero il proprio contenuto. "Qui di nuovo la parola è più potente della realtà, può riuscire a rendere vera una cosa". (G. van der Leeuw, Fenomenologia della religione)(10).

Per capire appieno il significato magico - religioso del giuramento bisogna comprendere la forza creatrice delle parole, la loro capacità di agire sulla realtà. Le parole prendono corpo e si trasformano in cose, in fatti, in azioni reali, modificano il passato e condizionano il futuro (nomen omen). La parola di origine latina "fato" che indica l'ineluttabilità de-



gli eventi, il destino già stabilito al quale nessuno può sottrarsi e che non può essere modificato nemmeno dalla volontà degli dei, deriva dal verbo latino "fari", verbo che significa "dire", "parlare", e quindi "fatum", participio passato neutro vuol dire "ciò che è stato detto" o "la parola detta", a cui ci si deve adeguare ed alla quale è inutile tentare di sottrarsi: tanta è la forza delle parole da segnare per sempre il destino di cose e persone. La calunnia e l'ingiuria offendono con le parole, usate come pietre per fare male agli altri. Invero in latino la parola "iniuria" indica una ferita od un danno fisico, una "violenza", tanta è la fisicità delle parole usate come strumenti per colpire materialmente qualcuno. L'ingiuria trasforma le parole - usate per offendere qualcuno - in un'arma che schiaccia la persona offesa sotto il peso di un'accusa che diventa realtà e pesa come un macigno. E' una parola di consacrazione - afferma sempre van der Leeuw - è una maledizione che espone l'avversario alle nefaste conseguenze delle parole offensive. Analogamente il giuramento opera nel processo come negli altri usi nei quali è impiegato nella vita pubblica e privata come una formula magica agisce sulla realtà; è una parola sacralizzata che non può più essere messa in discussione da nessuno perché vale più dei fatti reali. Certamente il giurante consacra se stesso alla potenza e si espone alla conseguenze derivanti dalla violazione del giuramento, ovvero di un cattivo uso della potenza insita nelle sue parole. Nel processo possono anche scontrarsi giuramenti opposti: la parola di una parte contro la parola dell'altra. In tal caso il processo si trasforma in un duello, uno scontro di potenze in cui vince la parola più forte; o si trasforma in un'ordalia o giudizio divino in cui non la verità ma la potenza decide la sorte della lite a favore di una o dell'altra delle parti. (11)

### 3. Parola, religione e mito.

La potenza della parola nel mondo religioso si incarna nel mito (12). La parola mythos in greco antico significa parola potente, creatrice. Nelle società primitive il racconto mitico è parola vera e fondamento della realtà: non nel senso che racconta la verità, ma nel senso che crea la verità. Lo ha spiegato molto chiaramente Raffaele Pettazzoni in un saggio intitolato "Verità del mito" (13), nel quale affermava che il mito è storia vera non tanto per il suo contenuto, quanto piuttosto per le concrete forze sacrali che mette in opera. La verità del mito non è di ordine logico, né di ordine storico: è soprattutto di ordine religioso e sacrale, più specialmente magico (14). La sua efficienza sta tutta nella magia e nel potere evocativo della parola, "del mythos, della fabula", non come "discorso favoloso, ma come forza arcana e possente, affine - anche secondo l'etimologia - alla potenza del fatum". Anche i miti, come le formule magiche e rituali, fatte di parole, come le formule del giuramento, sono tramandati da una generazione all'altra senza alcuna variazione od aggiunta. Il mito narra la nascita del cosmo, dell'ordine del mondo e degli dei, l'origine del genere umano. La narrazione del mito - effettuata in occasione di particolari celebrazioni rituali da personale specializzato ed in forme rituali - rinnova e ripete ogni volta la storia del mondo. Ascoltare la narrazione del mito è come assistere ogni volta alla creazione del mondo ed alla nascita degli dei. E' parola vivente. I miti servono a costituire, a creare, ma anche a sorreggere e conservare una determinata realtà, che ha bisogno di essi per esistere (15). Ma col tempo le parole si usurano, tendono a perdere od attenuare la loro potenza. Gli uomini credono sempre meno alla magia delle parole. Accanto ai miti, che sono storie vere, nascono e circolano le storie false e profane, che nar-

rano avvenimenti privi di significato per la comunità, spesso non proprio edificanti, racconti di frodi, menzogne, insidie, trucchi, raggiri, storie ordinarie e fin troppo umane, in contrasto con la solennità e la grandiosità dei racconti delle origini. Le "fabulae" perdono il loro significato originario, si desacralizzano e diventano le "favole". Analogamente accanto ai giuramenti veri si trovano sempre più spesso i falsi giuramenti. Onde occorre ricercare i mezzi per rafforzare l'efficacia ed accrescere la forza del giuramento, quando si ritiene che non sia più garantita a sufficienza dalle parole, ricorrendo ai c.d. ausiliari del giuramento. Sono - questi - cose, persone, entità potenti e presenti che fungono - in un certo senso - da testimoni al giuramento, aggiungendo la loro potenza a quella delle parole e fungendo da garanti della verità del giuramento. Si invocano il cielo od il sole, che vedono ogni cosa, la terra, i monti, i fiumi, il mare, le pietre, che con la loro durezza e permanenza sono ricettacoli e manifestazione di una potenza che trascende e supera quella degli uomini (16). La storia delle religioni conosce il culto delle pietre fecondatrici e le varie forme di devozione alle pietre. La pietra rimane sempre se stessa e perduta nel tempo. "Nella sua grandezza e nella sua durezza, nella sua forma o nel suo colore, l'uomo incontra una realtà ed una forza appartenenti ad un mondo diverso da quel mondo profano di cui fa parte" (Mircea Eliade, Trattato di storia delle religioni) (17). Per queste caratteristiche che rivelano forza e potenza, ma soprattutto immutabilità e permanenza, le pietre ben si prestano a fare da testimoni dei giuramenti e dei trattati. Sono toccate da chi presta giuramento come per trasformare le parole in pietre, come oggi si tocca la Bibbia, oggetto sacro che infonde forza nelle parole. Nelle religioni deistiche, nelle quali la potenza s'è staccata dalle cose e ha assunto la figura di una divinità personale, spesso un dio è chiamato a fare da testimone ai giuramenti. Le divinità celesti, come personificazioni del cielo e dei fenomeni celesti, che per la loro posizione elevata sono onniveggenti ed onniscienti, sono più spesso invocate come testimoni dei giuramenti nelle religioni primitive. Nelle civiltà superiori, come nella Grecia antica, si invocavano ancora le divinità del cielo come testimoni dei giuramenti. Zeus era chiamato "horkios" nella sua funzione di custode dei giuramenti.

### 4. Mitografia del giuramento.

Nell'Odissea Ulisse travestito da mendicante giura per Zeus, per la mensa ospitale e per il focolare domestico. Il padre degli dei scaglia la sua folgore contro gli spargiuri. Le Erinni, demoni infernali, accompagnano il giuramento e perseguitano il trasgressore seguendolo anche oltre la tomba. Spesso un sacrificio solenne od un altro gesto rituale e simbolico sottolinea la sacralità del giuramento, mentre sono scagliate le peggiori maledizioni contro chi lo viola. Nel diritto romano si invocava una divinità a garanzia e testimonianza della verità del giuramento (18). Di solito questa divinità era Giove, il sovrano degli dei e del mondo, garante dell'ordine del cosmo, che presiedeva alla prestazione dei giuramenti ed alla conclusione dei trattati e vigilava sull'osservanza dei patti conclusi. Ma si usava giurare anche genericamente "per omnes deos". Nella particolare funzione di garante dei patti e dei giuramenti Giove era chiamato anche "Dius Fidius". Il tempio di questo dio (19) situato sul Quirinale, nel quale si prestavano i giuramenti, aveva un'apertura nel tetto perché i giuramenti dovevano essere pronunciati al cospetto del dio (sub divo). Ma si usava giurare anche "per Iovem lapidem". Questa formula del giuramento rimandava ad una tra-



dizione molto antica, secondo la quale il giurante afferrava una pietra ed invocava la maledizione su di sé in caso di speri-giuro. La pietra, considerata in epoca storica come un aspetto o manifestazione di Giove (Iuppiter Lapis), probabilmente in origine si identificava col dio stesso, conservandosi - in questa identificazione - la memoria di un antichissimo culto delle pietre, legato ab antiquo con le formule dei giuramenti. Il giuramento è un fatto essenzialmente religioso, prima ancora che giuridico, ma appartiene ad una religione arcaica. Certamente imprigiona la coscienza ed annulla il libero arbitrio, lega le azioni degli uomini, come le decisioni dei giudici. Non ha forza morale: la sua forza è quella magica delle parole o quella della legge; la paura degli dei, non la voce della coscienza guida chi presta il giuramento. Per Esiodo il giuramento (horkos) era figlio di contesa (eris) ed apparteneva al novero delle potenze negative che portavano male, dolore, sofferenza e discordia nel mondo degli uomini. Per questo le religioni più evolute hanno cercato di ridurre o vietare del tutto l'uso dei giuramenti. Gesù (20) li ha proibiti espressamente. Ma il declino del giuramento è cominciato prima delle riforme morali e religiose. Ha cominciato a perdere senso e significato - il giuramento - quando la parola ha perso la sua connotazione originaria di forza e potenza, quando la filosofia ha cominciato a sostituire l'antica religione della natura, quando il mythos è diventato logos. Anche il logos è parola, ma in senso diverso dal mito. I due termini fanno riferimento a due diversi sistemi di pensiero: l'uno magico ed immaginifico, l'altro razionale. La verità del mito deriva dalla potenza magica e creatrice delle parole, la verità del logos è fondata sulla ragione. Nel logos la forza delle parole risiede non nella loro potenza, ma soltanto nella loro capacità di convincimento e forza di persuasione (peitho). Muta il registro della parola. In un universo mentale di tipo razionale, orientato dal logos, lo spazio del giuramento diventa sempre più esiguo e marginale. La filosofia non gli attribuisce più un valore assoluto, ammettendosi che su di esso possano prevalere istanze ed interessi di rango superiore, come la ricerca della verità.

##### 5. La forza persuasiva della parola: giuramento, diritto e ragione suasoria.

Con la nascita del diritto in senso moderno il processo non è più inteso come uno scontro di forze, un'arena in cui si scontrano potenze opposte, una sorta di giudizio divino od ordalia, ma come rapporto dialogico - inteso in senso filosofico - come ricerca della verità fondata sul confronto dialettico, sul metodo scientifico e sull'uso razionale della parola. La ragione ha soppiantato gli dei; le parole non sono più usate come pietre; la logica e tutti i metodi empirici e razionali di indagine e convincimento hanno preso il posto del giuramento. Il diritto in senso moderno nasce nell'Atene del periodo classico dal superamento del vecchio ordinamento religioso e sociale come portato della rivoluzione democratica. La nascita del diritto segna il passaggio dal vecchio al nuovo ordinamento. La tragedia del teatro di Atene - rappresentazione religiosa, genere letterario e nel contempo istituzione politica e sociale - celebra i valori della democrazia, "confronta i valori eroici, le rappresentazioni religiose antiche con nuovi modi di pensiero che segnano l'avvento del diritto nel quadro della città" (J.P. Vernant, *Mito e tragedia nella Grecia antica*. La tragedia come fenomeno sociale, estetico e psicologico) (21). Mette in scena - la tragedia - il conflitto tra il vecchio ed il nuovo ordinamento ed i valori che rispettivamente li rappresentano. Uno dei valori fondanti

della democrazia è il diritto. La nascita del diritto ad Atene trova la sua espressione tragica nelle Eumenidi di Eschilo, ultima delle tre tragedie delle quali si compone l'Oresteia. Oreste, che ha ucciso la madre Clitemnestra per vendicare l'uccisione del padre Agamennone è accusato dalle Erinni, che rappresentano l'antica società matriarcale e persegono il matricida senza tregua. Oreste si pone sotto la protezione di Apollo, portavoce di Zeus, sovrano e rappresentante del nuovo ordinamento del cosmo. Atena, arbitro del processo, sancisce una volta per tutte che "non devono più valere i giuramenti a far vincere una causa non giusta" (22).

##### 6. Diritto, giustizia e il paradigma della modernità.

Questa dichiarazione - come osserva acutamente F.Ost - segna il passaggio dal mondo premagico del diritto, nel quale operano gli automatismi del giuramento e della vendetta, sopravvivenze di un antico ordinamento tribale, al mondo delle prove obiettive, delle argomentazioni razionali, della giustizia, intesa come ricerca della verità (F.Ost, Mosè, Eschilo, Sofocle) (23). Atena giudica inadeguate le antiche procedure e - soprattutto - afferma il principio per il quale non potranno più valere i giuramenti a far vincere una causa ingiusta (A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*) (24). La tragedia rappresenta anche la conciliazione tra le antiche potenze sotterranee, quelli che Esiodo chiamava i figli della notte, ai quali appartengono anche il giuramento, le imprecazioni e le maledizioni, e le divinità olimpiche e diurne, rappresentanti del nuovo ordinamento del mondo. Le Erinni diventano Eumenidi, da antichi demoni della vendetta e del giuramento diventano divinità della giustizia (25). Nasce il processo, fondato sui principi del dialogo e della persuasione. Questa conquista culturale rappresenta una pietra miliare nella storia della nostra civiltà. "E alla fine prevalse Zeus il dio della parola ("Zeus Agoraios") e nella nostra contesa vittorioso fu il bene per sempre".

##### Note:

(\*) Il saggio è un lavoro rientrante in quella corrente di studi che si vuole chiamare "Antropologia giuridica"; in realtà potrebbe anche incontrarsi sub specie di "Sociologia del diritto", ovvero in un ambito di studio che si potrebbe forse definire come "Etnologia giuridica" (o, forse, magari, "Teologia giuridica"?). Afferisce a quell'ambito di studio, purtroppo poco frequentato dai giuristi contemporanei, che tratta dei rapporti tra diritto e mito e tra diritto e magia, intendendosi tali termini in senso lato: il potere della parola (su cui si fonda il diritto), infatti, solo in età classica diviene a carattere persuasivo o paritetico, mentre in realtà nel mondo arcaico (e anche nel mondo del diritto arcaico), il concetto di parola deve considerarsi come evocativo e sostanzialmente magico - sacrale. Si tratta, a tutta evidenza, di un lavoro forse inusuale per i lettori della Rivista, ma senz'altro appassionante e rivelatore delle "radici occulte o nascoste" del diritto, forse non più presenti nella nozione di diritto come pura razionalità (come è diventata nostra abitudine), o come forma di controllo sociale e di "sistema" di rapporti sociali e come fondamento della struttura (o della sovrastruttura) sociale: peraltro, il concetto magico - religioso del diritto e del "potere della parola", permane anche nascostamente, in quello che potremmo chiamare l'immaginario giuridico collettivo o con un termine junghiano, negli "archetipi giuridici" che sono da considerarsi come una invisibile texture (o un sottostante contesto) dell'agire umano. Non si dovrebbe inoltre dimenticare la possibilità di pseudomorfosi delle forme culturali, culturali e rituali, almeno nel senso dato all'espressione da O. Spengler o da H. Jonas. Sono stati effettuati solo alcuni minimi e necessari interventi sul testo per con-



formarlo alle esigenze di editing della Rivista. Le poche note, che più che altro potranno servire a chi intenda maggiormente approfondire la materia oggetto del presente saggio, sono state aggiunte dalla Redazione.

(1) L'istituto del giuramento è disciplinato nel diritto positivo italiano vigente agli artt. 233 - 243 cpc. Si distingue tra giuramento decisorio, giuramento suppletorio e giuramento d'estimazione, quale sottospecie del giuramento suppletorio. E' persino inutile che si dica che il "deferimento" e il "riferimento" del giuramento, sono circondati da particolari cautele e che uno degli aspetti del carattere di mitologema del giuramento, risalta bene dalla previsione di "irrevocabilità" dello stesso, così come previsto dall'art. 235 cpc. In dottrina si veda sul punto: G. Balena, sub. Voce Giuramento, in Digesto IV edizione, Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civ., vol. IX, nonché la bibliografia ivi citata. Adde: G. Bianchi, La prova civile. Onere e ammissibilità della prova nel codice civile, CEDAM, Padova, 2009; C. A. Nicoletti, Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile, Maggioli, Rimini, 1982; C. Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, Giappichelli, Torino, 2012; G. Grasselli, L'istruzione probatoria nel processo civile, CEDAM, Padova, 2009; Manuale di diritto processuale civile, (a cura di C. Taraschi), Simone, Napoli, 2015; C. De Angelis e A. Lugo, Manuale di diritto processuale civile, Giuffrè, Milano, 2012.

(2) Vedi: N. Roulard, trad. it., Antropologia giuridica, Giuffrè, Milano 1992; J. Servier, Méthode de l'ethnologie, PUF, Paris, 1986; L. Pospil, Anthropology of Law, Harper and Row, New York 1971; R. Sacco, Antropologia giuridica. Contributi ad una macrostoria del diritto, Il Mulino, Bologna, 2007; L. Scillitani, Studi di antropologia giuridica, Jovene, Napoli, 1980; Henry Sumner Maine, trad. it., Diritto Antico (a cura di Vincenzo Ferrari); Giuffrè, Milano, 1998; F. Remotti, Temi di antropologia giuridica, Giappichelli, Torino, 1982; U. Fabietti e F. Remotti, Dizionario di Antropologia, Zanichelli, Bologna, 1997; K. Marx, trad. it., Manoscritti economico filosofici del 1844, Einaudi, Torino, 2004; Id., trad. it., Forme economiche precapitalistiche, Editori Riuniti, Roma, 1985; F. Engels, trad. it., L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato, Ed. Giulia, Trieste, 1946; A. de Lauri, Antropologia giuridica, Mondadori, Milano, 2012; D. Chiro, Sociologia del mutamento, Il Mulino, Bologna, 2010; D. Albera, A. Blok e C. Bomberger, Antropologia del Mediterraneo, Guerini, Milano, 2007; U. Fabietti e V. Matera, Etnografia, scritture e rappresentazioni dell'antropologia, Carocci, Roma, 1997; C. Geertz, trad. it., Interpretazione di culture, Il Mulino, Bologna, 1998; Id., Mondo Globale, mondi locali. Cultura e Politica alla fine del XX secolo, Il Mulino, Bologna, 1999; J. A. Lombo e F. Russo, Antropologia filosofica. Una introduzione, Ed. Università Pontificia della Santa Croce, Roma, 2007; M. Mead e J. Baldwin, trad. it., Dibattito sulla razza, Rizzoli, Milano, 1973; S. Moravia, Lévi-Strauss e l'antropologia strutturale, Sansoni, Firenze, 1973.

(3) Il termine survival è usato nelle ricerche di antropologia sociale, in specie anglosassoni, per indicare la sopravvivenza di istituzioni, rituali, forme culturali, che si riferiscono a periodi pregressi e che permangono in via meramente tralatizia. Secondo A. M. Cirese, La superstizione, in Enciclopedia multimediale di scienze filosofiche (Il Grillo 30/4/1998), il termine survival non avrebbe una connotazione negativa come il termine superstizione ed in questo senso era già stato utilizzato da E. B. Tylor nel 1871.

(4) La moderna scienza della Antropologia può farsi risalire al 1755, anno di pubblicazione del libro del Blumenbach, *De generis humani varietate nativa liber* o al 1748, data di pubblicazione dello Spirito delle Leggi, del Montesquieu, salvo che non si voglia addirittura far riferimento all'opera di T. Hobbes, Il Leviatano, pubblicata nel 1651.

(5) Vedi: M. Schneider, trad. it., Pietre che cantano, Guanda, Milano, 1980.

(6) J. Frazer, Il ramo d'oro, trad. It., (introduzione di Alfonso Maria Di Nola), Newton Compton, Roma, 1992

(7) Lingaggio volgare, contenente parole oscene e normalmente non adoperate nel linguaggio corrente e nei rapporti interpersonali e che qui serve per dare una maggior potenza a formule magico-religiose o per invocazioni sempre a carattere magico-rituale.

(8) Si vedano: Il Bardo Thodol (o Il libro della liberazione dall'esistenza intermedia), e Il libro egiziano dei morti, veri e propri "trattati" di psicopompsia.

(9) Sul concetto di "fenomenologia giuridica" si veda: A. Kojève, Linee di una fenomenologia del diritto, Jaca Book, Milano, 1990; nonché B. Costa, Fenomenologia dell'intersoggettività, Carocci, Roma, 2010.

(10) G. van der Leeuw, trad. it., Fenomenologia della religione, Bollati Boringhieri, Torino, 1992.

(11) Vedi: G. Pepe, Il medio evo barbarico d'Italia, Einaudi, Torino, 1971.

(12) D'altronde, sulla forza fondatrice e fondativa del "Logos" nell'immaginario teologico e filosofico ellenistico - ebraico - cristiano, basti pensare a Giovanni, I, 1 - 18.

(13) Vedi: R. Pettazzoni, Verità del mito, in "Studi e materiali di storia delle religioni", 21 (1947 - 48).

(14) Per chi fosse interessato a queste tematiche si suggerisce la lettura del fondamentale saggio di E. de Martino, Il mondo magico, Prolegomeni a una storia del magismo, Paolo Boringhieri, Torino, 1973; adde: C. Ginzburg, I benandanti, Ricerche sulla stregoneria e sui culti agrari tra Cinquecento e Seicento, Einaudi, Torino, 1966; C. Gallino, Il consumo del sacro: le feste lunghe di Sardegna, Laterza, Bari, 1971; R. Cantoni, Il pensiero dei primitivi, La goliardica, Milano, 1959; Id., Antropologia quotidiana, Rizzoli, Milano, 1975; M. Eliade, Occultismo, stregoneria e mode culturali, Sansoni, Firenze, 1992, nonché; I.P. Culianu, I miti dei dualismi occidentali: dai sistemi gnostici al mondo moderno, Jaca Book, Milano, 1989; e E. Zolla, Uscite dal mondo, Adelphi, Milano, 1992. Solo per ricordare che, ad un livello per così dire alto, il pensiero magico, sopravvive nel mondo contemporaneo, anche sotto un profilo di riflessione filosofica, si veda il testo: Introduzione alla magia quale scienza dell'io, a cura del Gruppo di UR, il Basilisco Editrice, Genova, 1987; si veda anche, R. Guenon, trad. it., Simboli della scienza sacra, Adelphi, Milano, 1990.

(15) Vedi nel Genesi I, 1 - 31, in particolare l'espressione "E Dio disse....". E d'altronde in Esodo XX, 1 - 21, Dio pronuncia (annuncia) i Dieci Comandamenti ("Tutte queste parole...."), che tramite Mosè offre (impone ?; propone ?; dota di forza cogente ?), al popolo di Israele.

(16) Si veda: R. del Ponte, Aspetti del lessico pontificale: gli Indigitamenta: "Diritto e Storia", n. 1, maggio 2012

(17) M. Eliade, Trattato di storia delle religioni, Bollati Boringhieri, Torino, 1999.

(18) "Nell'ottica romana ..... il numen del Dio non vale senza la sua diretta 'presenza' (che equivale ad 'assistenza'), che solo l'efficacia del rito e della formula correttamente pronunciata può evocare. Qui la preghiera sembra farsi formula magica, così che non ha torto Paolo Diacono che, nel suo commento a Festo (101 L.), può asserire che gli indigitamenta 'sono formule incantatorie' (incantamenta) e dei 'segni' (indicia)". Si veda R. del Ponte, op. cit.

(19) Anche il teatro greco delle origini - spazio per eccellenza di rappresentazioni a carattere sacrale - è totalmente aperto verso l'alto; lo spazio teatrale moderno, anche se chiuso, è illuminato dalla luce, che trasporta (o traspone?) la scena verso l'alto.

(20) Matteo V, 33 - 37.

(21) J. P. Vernant, trad. it., Mito e tragedia nella Grecia antica. La tragedia come fenomeno sociale, estetico e psicologico, Einaudi, Torino, 1976.

(22) Su questi argomenti si dovrebbe almeno vedere il fondamentale lavoro di J.J. Bachofen, trad. it., Il matriarcato. Ricerca sulla ginecocrisia nel mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici, 2 voll. (a



cura di Giulio Schiavoni), Einaudi, Torino, 1988; adde: M. Gimbutas, trad. it., *La civiltà della dea. Studi sull'antica Europa*, Stampa Alternativa, Viterbo, 2013; I. Strazzeri, Post - Patriarcato, *L'agonia di un ordine simbolico*, Aracne, Roma, 2014; G. Lo Russo, *Uomini e Padri. L'oscura questione maschile*, Borla, Roma, 1995; G. Paduano, *Lunga storia di Edipo re. Freud, Sofocle e il teatro occidentale*, Einaudi, Torino, 1994; Id., *Storia di un mito*, Carocci, Roma, 2009. (23) F. Ost, trad. it., *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2007. F. Ost, si è anche occupato del "lato oscuro della legge" in: Sade et la loi, Odile Jacob, Paris, 2005. Adde: M. Untersteiner, *Le origini della tragedia e del tragico, Dalla preistoria a Eschilo*, Cisalpino, Milano, 1984. (24) A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Cacucci, Bari, 2009. (25) Un percorso del tutto inverso, negli inferni ricreati dalla contemporaneità, che ha trasformato intere popolazioni in pharmakoi, si può ritrovare (o intuire) dalla lettura del testo di J. Littel, *Le Benevole*, dove si ripercorre, quasi come una mappa iniziativa à rebours, la strada dalle Eumenidi alle Erinni, luogo del mito dove non esiste più il concetto di diritto e della sua compagna "giustizia", ma solo sussistono rapporti di mero potere (o di dominio) e dove l'essere umano è considerato pura massa biologica (J. Littel, trad. it., *Le Benevole*, Einaudi, Torino, 2007). Adde, su questo tipo di tematiche, nella contemporaneità: F. Volpi, *Il nichilismo*, Laterza, Bari, 2005; E. Gentile, *L'apocalisse della modernità. La Grande Guerra per l'uomo nuovo*, Mondadori, Milano, 2008; Z. Bauman, trad. it., *Modernità e Olocausto*, Il Mulino, Bologna, 1992; H. Jonas, trad., it., *Il concetto di Dio dopo Auschwitz*, (traduzione di C. Angelino), Genova, Il Melangolo 1991; R. Schnabel, trad. it., *Il disonore dell'uomo*, Lerici Editore, Milano 1962; A. Hillgruber, trad. it., *La distruzione dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 1991.

## *La composizione delle crisi da sovraindebitamento dei privati*

**Armando Salati**

Notaio in Genova

**Sommario:** 1. *Premessa*; - 2. *Introduzione (cenni su altri Paesi, evoluzione in Italia)*; - 3. *Finalità della normativa e definizione di "crisi da sovraindebitamento"*; - 4. *Individuazione dei soggetti a cui si applica la normativa*; - 5. *Le soluzioni alternative per comporre la crisi*; - 5.1. *L'accordo del debitore con i creditori e successiva omologa*; - 5.2. *Il piano del consumatore da presentare al giudice*; - 5.3. *La liquidazione dei beni e l'esdebitazione*; - 6. *Trattamento fiscale degli accordi di composizione della crisi*; - 7. *Esempio di ricorso*.

### 1. Premessa.

Trattasi di normativa introdotta con legge del 2012 ma ad oggi, nonostante questa legge risponda alle esigenze attuali causate dalla grave e lunga crisi economica che ha colpito il nostro Paese, sono pochi i tribunali che hanno visto portare a termine un procedimento di composizione della crisi ai sensi della legge 3/2012.

Vi segnalo alcuni provvedimenti comparsi sul web: Tribunale di Pistoia 8 gennaio 2014, Tribunale Ascoli Piceno 4 aprile 2014, Tribunale Catania 24 giugno 2014 e Tribunale Catania 17 giugno 2014.

Con questa mio articolo cercherò di esporre in maniera sintetica le tre procedure e, per rendere la materia meno ostica, chiuderò la relazione con l'esame di un caso pratico (ho dovuto "inventare" io una situazione debitoria ad hoc, non avendo trovato, nei tribunali da me interpellati, procedure già depositate da sottoporvi): mi auguro che la lettura di un ricorso possa aiutarvi ad applicare concretamente la normativa in esame.

Segnalo, infine, che con decreto n. 202 del 24 settembre 2014 pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 27 gennaio 2015, il Ministero di Giustizia ha approvato il regolamento attuativo del Registro degli Organi di Composizione della Crisi.

### 2. Introduzione (cenni su esperienze in altri paesi ed evoluzione in italia).

La composizione della crisi da sovraindebitamento dei privati viene disciplinata dalla Legge 3 del 2012 e dal successivo Decreto Legge 179 del 18 ottobre 2012, convertito con la Legge 17 dicembre 2012 numero 221.

Il provvedimento legislativo mette il nostro Paese in linea con gli altri Stati membri dell'Unione Europea, che già da molto tempo sono provvisti di strumenti e procedimenti esdebitatori sia per i consumatori che per le piccole imprese.

Passiamo ad esaminare preliminarmente l'esperienza degli altri Paesi perchè, come poi noterete, molti passaggi sono stati recepiti dalla nostra normativa.

In Francia esiste dal 1989 una procedura riservata ai debitori di buona fede che si articola in 3 fasi. La prima fase, detta di composizione amichevole, prevede appunto un accordo tra il debitore ed i creditori con omologa finale del giudice. In caso di fallimento si apre una fase detta di composizione controllata nella quale una commissione (composta da funzionari pubblici delle finanze del governo e della banca di Francia nonché da rappresentanti dei consumatori) predispone un piano per la copertura dei debiti che viene trasmesso al juge de l'exécution per il controllo di legittimità e per l'omologa, salvo eventuali contestazioni. In caso di ulteriore insuccesso la commissione potrà consentire il congelamento dei debiti e concedere dilazioni e in taluni casi di comprovata



diligenza del debitore anche una parziale esdebitazione dello stesso oppure, se la situazione del debitore è irrimediabilmente compromessa, si farà luogo a una procedura di liquidazione giudiziale di tipo concorsuale.

In Germania dal 1994 esistono 3 distinte procedure di esdebitazione per i debitori civili, di cui le prime due riservate ai consumatori.

La prima prevede l'obbligo per il debitore di tentare per sei mesi di raggiungere un accordo stragiudiziale con i creditori facendosi poi rilasciare un'attestazione di avvenuto esperimento negativo da un avvocato o da uffici pubblici a ciò preposti; dopo di che potrà essere proposta dinanzi all'Insolvenzgericht (tribunale fallimentare) un'istanza di accordo in sede giudiziale, allegando la proposta stragiudiziale e spiegando i motivi per i quali è stata rifiutata, formulando il piano di esdebitazione giudiziale con l'elenco dei beni e dei debiti e con l'eventuale richiesta di liberazione dai debiti residui. Il giudice trasmetterà questa proposta ai creditori e se la maggioranza di questi approverà la proposta l'accordo verrà consacrato in una conciliazione, efficace ai sensi di legge. La seconda prevede l'intervento di un amministratore fiduciario che funge da liquidatore. Nella terza Il debitore deve dichiarare di mettere a disposizione, per un periodo di sei anni e attraverso l'amministratore fiduciario, la parte pignorabile dei suoi crediti per rapporti di lavoro. L'Insolvenzgericht (tribunale fallimentare) deciderà se accogliere la domanda di liberazione dai debiti residui che, in caso positivo, avrà efficacia soltanto dopo sei anni di "buona condotta", durante i quali il debitore dovrà svolgere un'attività lavorativa adeguata (o compiere comunque il massimo sforzo per reperirla), rimettere al fiduciario la metà dei beni eventualmente ricevuti in eredità e comunicare ogni cambio di residenza.

Si tratta di modelli dai quali il legislatore italiano ha tratto ispirazione.

Come vedremo in seguito, nel modello italiano sono stati recepiti diversi aspetti dai modelli esteri: la doppia fase, prima di accordo e poi di liquidazione, l'importanza della buona fede del debitore, la figura di una Commissione che assiste il debitore, il ruolo di controllo dell'autorità giudiziaria, la possibilità per il debitore di liberarsi dai debiti residui. Anche in Italia si è voluto attribuire al soggetto sovraindebitato, non assoggettabile alle ordinarie procedure concorsuali, la possibilità di "ristrutturare" i propri debiti ed ottenere, alla fine, una esdebitazione. Questo intervento normativo ribilancia la posizione tra un debitore imprenditore commerciale ed un debitore che non rientra in tale qualifica in quanto il primo ha sempre disposto di strumenti che gli consentissero di liberarsi delle obbligazioni non soddisfatte (per es. mediante una proposta di concordato preventivo o di concordato fallimentare), mentre il debitore civile essendo tenuto a rispondere delle proprie obbligazioni con tutti i propri beni, presenti e futuri, in virtù della norma di carattere generale costituita dall'articolo 2740 c.c. non aveva le soluzioni alternative riconosciute agli imprenditori commerciali.

In mancanza di una normativa ad hoc, il rischio per il debitore civile è sempre stato quello di trovarsi a dover convivere per gran parte della propria esistenza con il peso, talvolta insostenibile, dell'indebitamento senza riuscire a reimmettersi nel circuito economico.

Passiamo ad esaminare la definizione della materia che stiamo trattando.

La composizione delle crisi da sovraindebitamento viene definita come una procedura, assimilabile al concordato, finalizzata a porre rimedio alle situazioni di sovraindebita-

mento (intese come situazioni patologiche determinate dall'impossibilità non temporanea di adempiere regolarmente alle obbligazioni assunte attraverso il ricorso ai redditi, ai beni mobili e immobili di proprietà) non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali.

Vedremo più avanti le diverse soluzioni alla crisi.

Ritengo importante far rilevare che in tutte le soluzioni individuate dal legislatore un ruolo fondamentale è riconosciuto agli Organismi di Composizione della Crisi che: coadiuvano il debitore-consumatore nella predisposizione dell'accordo da sottoporre ai creditori o del "piano" da sottoporre al giudice; risolvono eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo, vigilando sull'esatto adempimento dello stesso; assumono ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e all'esecuzione dello stesso, oltre ad eseguire le pubblicità e verificare la veridicità dei dati contenuti nella proposta e la fattibilità del piano.

La novità di rilievo per gli ordini professionali è che nel nuovo dei soggetti che possono ricoprire tale ruolo vi sono, oltre agli enti pubblici dotati dei requisiti di indipendenza e professionalità previsti con regolamento del ministero della Giustizia e iscritti in un apposito registro, e oltre agli organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio, anche gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai (tutti iscritti di diritto, a semplice domanda, nel registro presso il Ministero di Giustizia).

### 3. Finalità della normativa e definizione di "crisi da sovraindebitamento".

L'articolo 6 della Legge 3/2012, come modificata dalla Legge 221/2012, chiarisce la finalità della normativa e definisce in quali casi ci si trova davanti a una crisi da sovraindebitamento. Leggiamo insieme la norma:

*"Art. 6 Finalità e definizioni*

*1. Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo, è consentito al debitore concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi disciplinata dalla presente sezione. Con le medesime finalità, il consumatore può anche proporre un piano fondato sulle previsioni di cui all'articolo 7, comma 1, e avente il contenuto di cui all'articolo 8.*

*2. Ai fini del presente capo, si intende:*

*a) per "sovraindebitamento": la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente;*

*b) per "consumatore": il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta."*

Il sovraindebitamento può essere influenzato da più variabili quali il livello di inflazione, di stabilità economica e politica; il tasso di crescita dei prestiti; l'entità, la struttura dell'indebitamento e la durata nel tempo; il determinarsi di eventi congiunturali.

In ragione delle differenti cause che ne stanno alla base si possono distinguere due forme di sovraindebitamento:

- sovraindebitamento attivo determinato dall'eccessiva fiducia nelle proprie capacità reddituali che induce le famiglie a contrarre prestiti. Questa è la forma più diffusa di sovraindebitamento; nella maggior parte dei casi il sovraindebitamento deriva dalla conclusione di un contratto di credito al



consumo o dalla conclusione di un mutuo ipotecario per l'acquisto della prima casa: questi contratti portano ad un esborso periodico che, sommato a quello già sostenuto per le altre normali spese di vita familiare, carico il debitore di un peso insostenibile rispetto alle sue normali entrate;

- sovraindebitamento passivo cagionato da fattori congiunturali non previsti e indipendenti dalla volontà del debitore (per esempio, la perdita dell'occupazione, la separazione coniugale, una grave malattia) che, facendo venir meno la principale fonte di reddito o determinando l'insorgere di passività impreviste, portano il debitore a non poter più adempiere regolarmente ai propri obblighi.

**4. Individuazione dei soggetti a cui si applica la normativa.**  
 Alla procedura possono accedere i debitori non assoggettati alle procedure concorsuali di cui alla L.F., cioè:

- gli imprenditori sotto soglia, che non possiedono i requisiti dimensionali di fallibilità di cui all'art. 1 L.F. (come sapete i requisiti dimensionali introdotti dal dlgs 2007 sono di un certo spessore: non sono assoggettati alla L.F. gli imprenditori che hanno avuto nell'ultimo triennio un attivo patrimoniale inferiore a 300.000 euro, ricavi inferiori a 200.000 euro e debiti inferiori a 500.000 euro);
- i debitori civili (per es. professionisti, associazioni professionali, società di avvocati ex D. Lgs. 96/2001, società tra professionisti: cfr. l'art. 5, c. 2, lett. m, della L. 247/2012 di riforma dell'ordinamento forense);
- le imprese non commerciali, ivi incluso l'imprenditore agricolo (che può valersi anche dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis e della transazione fiscale ex art. 182 ter L.F.);
- i consumatori, cioè (secondo definizione quasi consolidata) le persone fisiche che abbiano assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

### 5. Le tre soluzioni alternative per comporre la crisi e per giungere all'esdebitazione.

Le soluzioni a cui può in generale accedere il debitore, previste da questa normativa, sono tre:

- l'accordo raggiunto tra il debitore (consumatore o non consumatore) e i creditori (almeno 60%) e omologato dal giudice
- il piano di composizione della crisi proposto dal debitore consumatore (procedura riservata solo a questa categoria), omologato dal giudice e "imposto" ai creditori
- la procedura di liquidazione, ove il debitore (consumatore o non consumatore) consegna tutti i suoi beni ad un liquidatore (avvocato o commercialista) nominato dal Tribunale; al termine della liquidazione, in presenza di determinati presupposti e al termine di ulteriore procedura, si avrà l'esdebitazione

Tutte queste procedure richiedono precisi requisiti di ammissibilità e dettagliata documentazione.

Le prime due procedure se, correttamente eseguite e se non si verificano cause di decadenza, avranno automaticamente effetto "esdebitatorio", mentre la liquidazione (che di per sé non può durare meno di 4 anni) richiede una apposita ulteriore procedura da avviare con ricorso al giudice entro un anno dalla chiusura della liquidazione che porterà, ricorrendone i presupposti, ad un decreto che dichiarerà inesigibili i crediti non soddisfatti integralmente.

Come già detto, nelle prime due procedure (accordo del debitore e piano del consumatore) ruolo determinante lo svolge L'organismo di Composizione della Crisi.

Andremo adesso ad esaminare nel dettaglio quanto è previsto dalla normativa per ogni singola procedura.

#### 5.1 L'accordo del debitore con i creditori e successiva omologa.

##### Requisiti di ammissibilità (art.7).

Il debitore che fa istanza:

- non deve aver fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, alla procedura di composizione della crisi o alla liquidazione;
- non deve aver subito provvedimenti di annullamento o di risoluzione dell'accordo omologato ovvero, nel caso di consumatore, di revoca o di cessazione degli effetti del piano omologato;
- deve aver fornito documentazione che consenta la completa e trasparente ricostruzione della situazione economico-patrimoniale.

##### giudice competente (art.9)

Giudice competente è il tribunale di residenza o sede principale (se professionista o imprenditore sotto soglia, per il consumatore vale solo la residenza) del debitore, in composizione monocratica.

##### Organismo di Composizione della Crisi (art.15).

Una volta verificati i requisiti soggettivi, i requisiti di ammissibilità e il giudice competente, occorre individuare l'organismo di composizione della crisi (in seguito anche semplicemente OCC), senza il quale non si può procedere avendo, detto organismo, un ruolo fondamentale nella predisposizione e nell'attuazione della procedura.

Possono far parte degli organismi di composizione della crisi (art.15 primo comma):

enti pubblici dotati di requisiti di professionalità e indipendenza (determinati con il regolamento ministeriale in vigore dal 28 gennaio 2015) e siano istituiti da enti pubblici, organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio,

segretariati sociali,

ordini professionali di avvocati, commercialisti, esperti contabili e notai: gli organi professionali sono iscritti di diritto, a semplice domanda, nel registro ministeriale.

L'organismo è liberamente scelto dal debitore tra i soggetti iscritti nel registro.

In alternativa (art.15 c. 9), le funzioni ausiliarie dell'organismo possono essere svolte da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti per svolgere le funzioni di curatori fallimentari ex art. 28 L.F. ovvero da un notaio: in tal caso, però, la nomina deve essere richiesta al presidente del tribunale (o al giudice da lui delegato) del luogo di residenza o di sede del debitore richiedente, con le forme proprie dei procedimenti di volontaria giurisdizione (ex 737 ss. c.p.c.).

Per l'organismo è previsto un compenso e un rimborso spese (la legge fa rinvio ai parametri previsti per commissari giudiziari e curatori fallimentari, salvo migliori precisazioni indicate nel regolamento ministeriale), che non deve gravare sulla finanza pubblica ma è a carico del debitore.

Per lo svolgimento dell'attività, il giudice e gli OCC, debitamente autorizzati dal giudice, possono accedere ai dati dell'anagrafe tributaria, nei sistemi di informazioni creditizie, nelle centrali rischi e nelle banche dati pubbliche (art.15 decimo comma).

Sono previste, nell'art.16, sanzioni, oltre che per il debitore anche per l'OCC.

Il componente dell'OCC che rende false attestazioni in ordine alla veridicità:



dei dati contenuti nella proposta o nei documenti allegati (art.16 c. 2);  
della fattibilità del piano (art.9 c. 2);  
delle relazioni che deve presentare nella procedura;  
è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 1000 a 50000 euro.  
stessa pena a chi omettendo o rifiutando un atto del suo ufficio, cagiona danno ai creditori.

#### Contenuto della proposta.

La predisposizione e la presentazione della proposta (o, come vedremo, anche del piano del consumatore) debbono avvenire con l'ausilio di uno degli Organismi di Composizione della Crisi da sovraindebitamento.

La proposta di accordo può prevedere qualsiasi forma satisfattiva, anche mediante cessione dei crediti futuri o cessioni beni di terzi o concessione di garanzie di terzi (in dette ultime due ipotesi i terzi sono tenuti a sottoscrivere la proposta), addirittura anche indicando limitazioni all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico e alla sottoscrizione di strumenti creditizi finanziari, ma deve comunque assicurare: (requisiti minimi)

il regolare pagamento dei crediti impignorabili (per es. assegno alimentare al coniuge);

le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi;

descrizione di eventuali garanzie rilasciate e delle modalità per l'eventuale liquidazione dei beni

il pagamento dei creditori muniti di diritti di prelazione, pagamento anche parziale ma in misura non inferiore a quella realizzabile in base al valore di mercato dei diritti sui quali insiste la prelazione, quale attestato dall'occ

il pagamento integrale, con eventuale dilazione, di tributi europei, iva e ritenute di legge

È peraltro facoltà del debitore prevedere l'eventuale affidamento del patrimonio del debitore a un liquidatore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori.

#### Deposito proposta e invio ad agenti riscossione e uffici fiscali.

La proposta o il piano vanno depositati nella cancelleria del tribunale del luogo di residenza o di sede principale del debitore richiedente e vanno inviati, entro tre giorni e a cura dell'organismo (o del notaio o del professionista), all'agente per la riscossione e agli uffici fiscali decentrati e degli enti locali, con la ricostruzione della posizione fiscale e l'indicazione dei contenziosi pendenti.

#### Allegati della proposta.

Unitamente alla proposta occorre depositare (art.9 comma 2):

- elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute;
- elenco di tutti i beni del debitore;
- elenco degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni (essenzialmente al fine di consentire ai creditori di valutare la proponibilità di eventuali azioni revocatorie ex art. 2901 c.c. e al tribunale di vagliare il merito del richiedente);
- dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni;
- attestazione sulla fattibilità del piano rilasciata dall'OCC;
- elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento del debitore e della sua famiglia con certificato dello stato di famiglia;
- (se imprenditore) scritture contabili degli ultimi tre esercizi, unitamente a dichiarazione dell'OCC, che ne attesta la conformità all'originale.

#### Effetti del deposito della proposta.

Il deposito della proposta sospende il corso degli interessi per i crediti chirografari, ovviamente ai soli effetti della procedura e in caso di positiva conclusione della stessa. Restano chiaramente sospese le prescrizioni e impedisce le decadenze per tutto il corso della procedura.

#### Procedura.

Dal deposito della proposta o del piano decorre, inoltre, il termine massimo di 6 mesi per giungere all'omologazione.

Depositato il ricorso contenente la proposta con tutti gli allegati prescritti, il giudice designato:

- verifica i presupposti e i requisiti soggettivi di ammissibilità, nonché la completezza della prescritta documentazione e, all'esito (salvo che non abbia previamente assegnato un termine per integrare i documenti o modificare la proposta),
- emette decreto, con cui fissa udienza dinanzi a sé entro sessanta giorni dal deposito del ricorso (o della documentazione integrativa) e
- dispone che il decreto e la proposta, a cura del debitore e/o dell'OCC, siano COMUNICATI ai creditori, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, almeno 40 giorni prima dell'udienza).
- dispone, sempre a cura dell'OCC idonea forma di pubblicità della proposta e del decreto e, se il debitore è iscritto, il deposito di proposta e decreto nel registro delle imprese;
- dispone la trascrizione nei registri immobiliari e dei beni mobili registrati, sempre a cura dell'OCC (in particolare nei casi di cessione o affidamento a terzi di immobili o mobili registrati);

#### Effetti pubblicazione decreto.

Con la pubblicità della proposta e del decreto scatta immediatamente e automaticamente il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive, sequestri e acquisti di diritti di prelazione, sotto pena di nullità (da leggersi come improcedibilità per le azioni esecutive e cautelari), eccezione fatta per i crediti impignorabili (per es. per alimenti).

Dalla data del decreto e sino all'omologazione dell'accordo gli atti compiuti dal debitore eccedenti l'ordinaria amministrazione esigono l'autorizzazione del giudice, a pena di inefficacia nei confronti dei creditori (art.10 comma 3bis) consenso dei creditori, comunicazione dell'accordo, eventuali contestazioni e attestazione dell'occ sulla fattibilità del piano. I creditori, ricevuta la comunicazione almeno 10 giorni prima dell'udienza, fanno pervenire all'organismo (o al notaio o al professionista), anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, dichiarazione sottoscritta del proprio consenso alla proposta, come eventualmente modificata.

In mancanza, si ritiene che abbiano prestato consenso alla proposta nei termini in cui è stata loro comunicata, secondo un meccanismo di silenzio-assenso adottato, da ultimo, anche per il concordato preventivo (ai sensi del novellato art. 178, u.c., L.F.).

Se è raggiunto, anche attraverso il meccanismo del silenzio-assenso, il quorum del 60% del valore dei crediti (esclusi creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca dei quali la proposta prevede l'integrale pagamento salvo che non rinuncino in tutto o in parte al diritto di prelazione, nonché il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno



prima della proposta), l'OCC trasmette a tutti i creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento del quorum deliberativo, allegando il testo dell'accordo.

Nei dieci giorni successivi al ricevimento della relazione, i creditori possono sollevare le eventuali contestazioni.

Decorso tale ultimo termine, l'OCC trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché un'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano.

#### **Udienza e decreto di omologa.**

All'udienza il giudice:

revoca il decreto se accerta la presenza di iniziative o di atti in frode ai creditori (il potere è analogo a quello previsto dall'art. 173 L.F. per il concordato preventivo), revoca d'ufficio il decreto di ammissione alla procedura e ordina la cancellazione della trascrizione dello stesso, nonché la cessazione di ogni altra forma di pubblicità disposta;

rigetta l'omologa se non si raggiunge il quorum del 60%, rigetta l'omologa;

omologa se è raggiunto il quorum del 60%, dopo che abbia verificato l'idoneità del piano ad assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili nonché dei crediti fiscali, e abbia risolto le contestazioni sollevate dai creditori anche tramite cram down (quando venga contestata la convenienza dell'accordo, ritenendo che il credito possa essere soddisfatto dall'esecuzione dello stesso in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria).

#### **Impugnazione dell'omologa.**

Il decreto di omologa o di diniego dell'omologa è reclamabile al collegio entro dieci giorni dalla sua notificazione, in applicazione dell'art. 739, 2° comma, c.p.c.: il che imporrà di procedere alla notificazione, nei modi di legge e nei confronti di tutti i creditori dissenzienti, affinché l'omologa divenga definitiva. Il decreto di omologa o di diniego emesso in sede di reclamo sarà poi impugnabile con ricorso straordinario per cassazione, trattandosi di provvedimento decisorio, che incide (rispettivamente) sulle situazioni soggettive dei creditori o del debitore (che non potrà comunque riproporre la domanda di composizione della crisi per i successivi cinque anni) e che non è altrimenti impugnabile.

#### **Efficacia dell'omologa.**

L'accordo omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità della proposta e del decreto di ammissione alla procedura, ma non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti di coobbligati, fiduciari del debitore e obbligati in via di regresso, né determina novazione delle obbligazioni, salvo che non sia diversamente stabilito nella proposta.

I creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano, i quali compongono un patrimonio separato e destinato alla soddisfazione dei creditori anteriori, protetto da un vincolo di destinazione che determina l'inefficacia relativa degli atti pregiudizievoli compiuti dal debitore e l'improcedibilità di azioni esecutive o cautelari sui beni medesimi.

#### **Annnullamento e risoluzione dell'accordo.**

L'annullamento dell'accordo può essere deciso dal Tribunale se è stato dolosamente o per colpa grave aumentato o diminuito il passivo ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inconsistenti (art. 14 c.1).

La risoluzione dell'accordo può essere decisa dal Tribunale se il debitore non adempie agli obblighi derivanti dall'accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni

non imputabili al debitore (art.14 c.2).

In base all'art.11 comma 5, l'accordo cessa di diritto se il debitore non esegue integralmente entro 90 giorni dalle scadenze previste i pagamenti alle amministrazioni pubbliche o agli enti di previdenza ed è invece REVOCATO se risultano compiuti atti diretti a frodare i creditori.

#### **5.2 Il piano del consumatore da presentare al giudice.**

Il piano di ristrutturazione dei debiti, riservato ai soli consumatori - che, in alternativa (ma, diremmo, in linea tendenzialmente solo teorica, considerati gli indubbi vantaggi del piano), possono optare anche per la proposta di accordo descritta nel precedente paragrafo - si distingue da questa soprattutto perché non esige il consenso neppure tacito, dei creditori: l'omologa giudiziale produce di per sé effetti esdebitatori ed è per questo che si demanda al giudice un penetrante controllo non solo di fattibilità, ma anche di merito, sia pure attraverso le relazioni e le attestazioni dell'OCC, il cui ruolo è dunque fondamentale per la correttezza non solo formale, ma soprattutto sostanziale della procedura. La possibilità di arrivare ad un piano di ristrutturazione senza un consenso dei creditori giustifica la necessità di una più ampia documentazione, e quindi oltre a quella sopra elencata (art.9 c. 2) per la procedura di accordo (elenco creditori e crediti, elenco beni debitore, dichiarazioni dei redditi, atti dispositivi ultimi 5 anni, attestazione occ fattibilità accordo, elenco spese familiari) nel caso di piano del consumatore occorrerà anche depositare una relazione particolareggiata dell'OCC che deve contenere:

- l'indicazione delle cause dell'indebitazione e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni;
- l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempire le obbligazioni assunte;
- il resoconto sulla solvibilità del consumatore negli ultimi 5 anni;
- l'indicazione dell'eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori;
- il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata dal consumatore a corredo della proposta, nonché sulla probabile convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria ("cram down").

Ovviamente non essendo il consumatore un imprenditore, non si dovranno produrre le scritture contabili.

#### **Procedura.**

Depositato il ricorso contenente il piano di ristrutturazione dei debiti con tutti gli allegati prescritti, il giudice designato:

- verifica i presupposti (consumatore, situazione di crisi) e i requisiti di ammissibilità (debitore che non si sia già avvalso della procedura, piano revocato o risolto) nonché la completezza della documentazione e, all'esito (salvo che non abbia previamente assegnato un termine per integrare i documenti o modificare la proposta);
- verifica l'assenza di atti in frode ai creditori;
- dispone la sospensione dei soli procedimenti di esecuzione forzata che possano pregiudicare la fattibilità del piano, sino al momento in cui il provvedimento di omologazione divenga definitivo (a differenza del deposito e della pubblicità della proposta e del decreto, che determinano l'immediata e automatica improcedibilità delle esecuzioni in corso);
- emette decreto, con cui fissa l'udienza dinanzi a sé entro sessanta giorni dal deposito del ricorso (o della documentazione integrativa) e
- dispone che il decreto e il piano, a cura del debitore e/o del-



l'OCC, siano comunicati ai creditori, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, almeno trenta giorni prima dell'udienza (qui non v'è per i creditori un termine anteriore all'udienza, non essendone richiesto il voto).

All'udienza il giudice:

- verifica la fattibilità del piano e l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili e dei crediti per tributi europei, iva e ritenute di legge, ovviamente in base alla relazione e alle attestazioni dell'OCC e alla stregua delle contestazioni sollevate in udienza dai creditori;
- accerta che il consumatore non abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere e che non abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali, vagliando la sua meritevolezza, anche qui, ovviamente, in base alla relazione e alle attestazioni dell'OCC e alla stregua delle contestazioni sollevate in udienza dai creditori;
- compie l'eventuale cram down, quando sia contestata la convenienza del piano, valutando se il credito possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore rispetto all'alternativa liquidatoria.

Soltanto all'esito di tali valutazioni, il giudice:

omologa il piano e dispone che venga eseguita, a cura dell'OCC l'idonea pubblicità e anche, quando il piano prevede la cessione o l'affidamento a terzi di beni immobili o di beni mobili registrati, la relativa trascrizione nei registri immobiliari o dei beni mobili registrati.

In caso contrario, rigetta la domanda di omologa del piano e revoca il provvedimento di sospensione delle procedure esecutive eventualmente concesso.

Il decreto di omologa o di diniego è reclamabile al collegio entro dieci giorni dalla sua notificazione, in applicazione dell'art. 730, 2° comma, c.p.c.: il che imporrà di procedere alla notificazione, nei modi di legge e nei confronti di tutti i creditori dissenzienti, affinché l'omologa divenga definitiva. Il decreto di omologa o di diniego emesso in sede di reclamo sarà poi impugnabile con ricorso straordinario per cassazione.

**Effetti (analogamente alla procedura dell'accordo)**

Dalla data dell'omologazione del piano i creditori con causa o titolo anteriore non possono iniziare o proseguire azioni esecutive individuali.

Il piano omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità del decreto di omologa, ma non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso, né determina novazione delle obbligazioni, salvo che non sia diversamente stabilito nel piano stesso. I creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano.

**Esecuzione dell'accordo e del piano.**

L'OCC vigila sulle operazioni previste nell'accordo o nel piano, risolve le difficoltà, comunica ai creditori ogni irregolarità.

Se esistono beni sottoposti a pignoramento o se si è optato in accordo nominare un liquidatore, il giudice nomina il liquidatore e questi effettuerà le operazioni di vendita. Il giudice autorizzerà quindi lo svincolo delle somme ricavate e il pagamento ai vari creditori.

**Revoca e cessazione effetti dell'omologa del piano del consumatore.**

Relativamente al piano del consumatore, la normativa utilizza il termine "revoca" ma si tratta sostanzialmente di un venir

meno degli effetti così come previsto per la procedura dell'accordo e si verifica nei medesimi casi: l'art.14bis richiama le stesse ipotesi dell'art.11 c.5 (ritardo nei pagamenti alle P.A. e atti in frode) e i casi del comma 1 e del comma 2 dell'art.14.

### 5.3. La liquidazione dei beni del debitore in genere e del consumatore e l'esdebitazione finale.

In base all'art. 14 ter, in alternativa alla proposta per la composizione della crisi, il debitore (anche consumatore), in stato di sovraindebitamento e per il quale non ricorrono le condizioni di inammissibilità, può chiedere la liquidazione di tutti i suoi beni.

La domanda di liquidazione è proposta al tribunale competente e deve essere corredata dalla documentazione di cui all'articolo 9, commi 2 e 3 (proposta di accordo).

Alla domanda sono altresì allegati l'inventario di tutti i beni del debitore, recante specifiche indicazioni sul possesso di ciascuno degli immobili e delle cose mobili, nonché una relazione particolareggiata dell'OCC che deve contenere:

- a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della dili- genza impiegata dal debitore persona fisica nell'assumere vo- lontariamente le obbligazioni;
- b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore persona fisica di adempiere le obbligazioni assunte;
- c) il resoconto sulla solvibilità del debitore persona fisica ne- gli ultimi cinque anni;
- d) l'indicazione dell'eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori;
- e) il giudizio sulla completezza e attendibilità della docu- mentazione depositata a corredo della domanda.

Similmente alle altre procedure, l'OCC ne dà notizia all'agenzia della riscossione e agli uffici fiscali.

La domanda di liquidazione è inammissibile se la docu- mentazione prodotta non consente di ricostruire compiuta- mente la situazione economica e patrimoniale del debitore.

Non sono compresi nella liquidazione i crediti impignorabili, i crediti aventi carattere alimentare e di mantenimento, gli sti- pendii, pensioni, salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività, nei limiti di quanto occorra al mantenimento suo e della sua famiglia indicati dal giudice; i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi; le cose che non possono essere pignorate.

Similmente alle altre procedure, il deposito della domanda sospende gli interessi di alcuni debiti.

Il Giudice, se la domanda soddisfa i requisiti, con decreto dichiara aperta la procedura di liquidazione, nomina un li- quidatore (un professionista con i requisiti di cui all'articolo 28 R.D. 267/42), dispone il divieto di inizio o preseguizione di azioni esecutive, stabilisce la pubblicità della domanda del decreto e, se il caso, la trascrizione e ordina al debitore la con- segna o il rilascio dei beni.

Il liquidatore verifica l'elenco dei creditori, forma l'inventa- rio dei beni da liquidare e invita i creditori a presentare la domanda di partecipazione alla liquidazione stabilendo termini e modalità.

Esaminate le domande il liquidatore predisponde un pro- getto di stato passivo, lo comunica ai creditori e assegna il ter- mine per osservazioni: se non sono superabili, rimette gli atti al Giudice il quale provvede alla definitiva formazione del pas- sivo.

Successivamente il liquidatore elabora un programma di li- quidazione e da esecuzione all'attività di liquidazione. Accertata la completa esecuzione del programma, e comunque



non prima del termine di 4 anni dal deposito della domanda, il Giudice dispone con decreto la chiusura della procedura.

#### Esdebitazione.

Al termine della procedura di liquidazione (si segnala che nelle precedenti due procedure l'esdebitazione è automatica), è prevista una specifica ed autonoma procedura "di esdebitazione", che porta alla dichiarazione di inesigibilità dei crediti non soddisfatti integralmente con la liquidazione del patrimonio del debitore.

Il debitore persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concursuali a condizione che:

- abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;
- non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;
- non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;
- non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per uno dei reati previsti dall'articolo 16 l. 3/2012;
- abbia svolto, nei quattro anni successivi all'apertura della liquidazione, un'attività produttiva di reddito adeguata rispetto alle proprie competenze e alla situazione di mercato o, in ogni caso, abbia cercato una occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego;
- siano stati soddisfatti, almeno in parte, i creditori per titolo e causa anteriori al decreto di apertura della liquidazione (art. 14 *terdecies*, comma 1, l. 3/2012).

L'esdebitazione viceversa, è ESCLUSA:

- quando il sovradebitamento del debitore è imputabile a un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali;
- quando il debitore, nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, ha posto in essere atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio, ovvero simulazioni di titoli di prelazione, allo scopo di favorire alcuni creditori a danno di altri (art. 14 *terdecies*, comma 2, L. 3/2012).

L'esdebitazione, infine, non opera:

- per i debiti derivanti da obblighi di mantenimento e alimentari;
- per i debiti da risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché per le sanzioni penali e amministrative di carattere pecuniaro che non siano accessorie a debiti;
- per i debiti fiscali che, pur avendo causa anteriore al decreto di apertura delle procedure di cui alle sezioni prima e seconda del presente capo, sono stati successivamente accertati in ragione della sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi (art. 14 *terdecies*, comma 3, 1. 3/2012).

#### 6. Trattamento fiscale degli accordi di composizione della crisi.

Ci si è chiesti quale sia l'imposizione fiscale applicabile agli accordi di ristrutturazione da sovradebitamento. I primi interpreti della materia hanno ritenuto che - per applicazione analogica - l'orientamento espresso dalla corte di cassazione relativamente al trattamento fiscale in materia di concordato preventivo possa applicarsi, oltre che agli accordi di ristrut-

turazione dei debiti, anche all'accordo di composizione della crisi da sovradebitamento.

Di conseguenza anche tali accordi dovranno essere sussunti, in ragione del criterio nominalistico adottato dalla giurisprudenza, nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, lettera g) della Tariffa, parte I, allegata al T.U.R. che dispone l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa.

Quando tuttavia l'accordo prevede anche il trasferimento o la costituzione di diritti reali, l'atto giudiziario di omologazione, costituendo titolo per il trasferimento o la costituzione di diritti reali su beni immobili o su unità da diporto ovvero su altri beni e diritti reali va ricondotto nell'ambito applicativo dell'articolo 8, lettera a), della Tariffa, parte I, T.U.R., con applicazione dell'imposta di registro in misura proporzionale.

Rimane aperta peraltro la questione circa il trattamento fiscale applicabile nell'ipotesi in cui l'accordo con i creditori si perfezioni con un solo contratto: ci si è chiesti se - pur di fronte alla *pluralità delle disposizioni contenute nell'accordo - l'unicità del contesto documentale determini* la corresponsione di un'unica imposta di registro in misura fissa.

La soluzione affermativa pare preferibile in quanto nell'ipotesi esaminata si configurano sì, più atti, ma connessi intrinsecamente tra loro in modo tale da risultare volti alla realizzazione di una medesima vicenda giuridica unitaria e inscindibile.

#### Tribunale di Genova, ricorso per ammissione alla procedura di composizione della crisi da sovradebitamento ai sensi della legge 3/2012 art. 6.1 primo comma (proposta d'accordo con i creditori)

##### I sottoscritti

- Mario Rossi nato a Genova il 31/12/1971, residente in Genova, Via \_\_\_\_\_ cod. fisc. \_\_\_\_\_, in seguito anche denominato "Debitore", coadiuvato dal
- Dottor Carlo Bianchi cod. fisc. \_\_\_\_\_, P. IVA \_\_\_\_\_, PEC \_\_\_\_\_, fax \_\_\_\_\_, in seguito anche "Gestore della crisi", tale nominato dal debitore (come meglio infra precisato), nel cui studio in Genova, Via \_\_\_\_\_ si elegge domicilio ai fini della presente procedura

##### Premesso

A) che il Debitore è ammesso alla presente procedura ai sensi dell'articolo 6.2 della Legge 3/2012, in quanto non è soggetto alle procedure concorsuali vigenti e previste dall'art. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (non essendo un imprenditore) e in quanto a causa della perdita del lavoro in forza di licenziamento in data \_\_\_\_\_ si è manifestato un perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che di fatto non rende possibile adempiere alle obbligazioni secondo le scadenze originariamente pattuite;

B) che sussistono i presupposti di ammissibilità richiesti dall'articolo 7.2 della Legge 3/2012 in quanto non ha fatto ricorso, nei precedenti anni, ai procedimenti di cui alla Legge 3/2012, in quanto non ha subito procedure ai sensi degli articoli 14 e 14 bis della Legge 3/2012 e in quanto fornisce idonea documentazione economico-patrimoniale (come infra allegata);

C) che il Debitore ha individuato, nel Dottor Carlo Bianchi e nell'Ordine Professionale di appartenenza di quest'ultimo, l'Organismo di Composizione della Crisi: detto Dottor Carlo Bianchi, che risulta iscritto nel Registro presso il Ministero



di Giustizia al numero \_\_\_, assume pertanto il ruolo di Gestore della Crisi della presente procedura;

D) che sono stati predisposti, unitamente al Gestore della Crisi, la proposta di accordo (allegata sub A) e i documenti richiesti dall'articolo 9.2 della Legge 3/2012 (allegati sub B);  
E) che per meglio rappresentare l'allegata proposta si riepilogano in sintesi i debiti pendenti e i beni e/o crediti del Debitore (comunque meglio precisati negli allegati sub b1 e b2):  
Debiti:

- a) euro 75.000, quale assegno una tantum da versare alla moglie, a fronte di accordi di separazione;
- b) euro 80.000, da pagare alla Banca Alfa Spa per mutuo ipotecario;
- c) euro 20.000, da pagare alla Finanziaria H Srl per prestito personale;
- d) euro 10.000, da pagare alla Finanziaria Z Srl per altro prestito personale.

Beni e/o crediti:

- a) quota di 1/2 di casa in città del valore di euro 75.000;
- b) piena proprietà di monolocale in montagna, gravato dal mutuo ipotecario di cui sopra, per il quale Caio ha espresso un'offerta di acquisto per il prezzo di Euro 60.000;
- c) autoveicolo già venduto a Sempronio per il prezzo di Euro 15.000, dilazionato in tre rate, ancora da incassare, di Euro 5.000 ciascuna.

F) che a fronte dello scenario economico di cui al precedente punto E) il ricorrente Debitore Mario Rossi e il Gestore della crisi, Dottor Bianchi, hanno predisposto proposta di accordo con i contenuti e i requisiti richiesti e ammessi dagli articoli 7 e 8 della Legge 3/2012, proposta che prevede, in sintesi: la datio in solutum della quota di metà della casa in città al coniuge separato a saldo dell'assegno una tantum; la vendita del monolocale in montagna a Caio per Euro 60.000 e pagamento di somma di Euro 10.000 da parte di Rossi Giovanni Battista, padre del ricorrente (che firma la presente, a conferma del proprio impegno), con destinazione della somma di Euro 70.000 (valore di mercato attuale, nel rispetto dell'art. 7.1) alla banca Alfa Spa ad estinzione del mutuo residuo di Euro 80.000; la cessione dei crediti verso Sempronio, per totali Euro 15.000, e precisamente cessione di credito pari ad Euro 10.000 alla Finanziaria H srl e cessione di credito pari ad Euro 5.000 alla Finanziaria Z srl, a saldo dei rispettivi crediti di Euro 20.000 e di Euro 10.000 (cessione dei crediti prevista dall'articolo 8.1 Legge 3/2012);  
G) che il dott. Bianchi, quale Gestore della crisi, ha rilasciato, ai sensi dell'art. 9.2, attestazione sulla fattibilità del piano stesso in data \_\_\_, allegata al sub B5, facendo ivi constare che:

- 1) con la datio in solutum è stato assicurato il regolare e totale pagamento del titolare di un credito impignorabile (assegno al coniuge separato) (requisito richiesto dall'articolo 7.1 Legge 3/2012);
- 2) il creditore munito di ipoteca riceve un pagamento non inferiore a quello realizzabile sulla base del valore di mercato (requisito richiesto dall'articolo 7.1 Legge 3/2012), valore verificato dallo stesso dott. Bianchi: detto valore di mercato viene raggiunto anche grazie all'ausilio di un terzo (il padre del Debitore), ipotesi consentita dall'art. 8.2 Legge 3/2012;
- 3) presumibilmente il piano di riparto del presente accordo raggiungerà il consenso di creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti (come richiesto dall'articolo 11.2 della Legge 3/2012), in quanto la banca Alfa spa, soddisfatta con somma pari al valore di mercato del bene in garanzia, ha un credito che supera il suddetto 60% (atteso che il credito del coniuge non è computato ai fini della maggioranza);

4) il debitore, separato e senza figli, è tornato a vivere nella casa dei genitori che, muniti entrambi di adeguata pensione e di casa di proprietà, possono garantire al figlio adeguato sostentamento nell'attesa del reperimento di nuova occupazione.

Tutto ciò premesso

Il sig Mario Rossi, Debitore, unitamente al Dottor Carlo Bianchi che lo coadiuva quale Gestore della crisi, chiedono che l'Ill.mo Giudice del Tribunale di Genova, ritenuti sussistenti i requisiti soggettivi ed oggettivi per l'accesso alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento previsti dagli articoli 7, 8 e 9 L. 3/2012, voglia con decreto ex articolo 10.1 Legge 3/2012, fissare udienza entro 60 giorni dal deposito della presente proposta, disponendo ex art. 10.2 Legge 3/2012 la comunicazione della proposta allegata e del decreto ai creditori nei termini di legge, nonché disponendo l'idonea forma di pubblicità, la trascrizione del decreto e l'ordine, a pena di nullità di non iniziare o proseguire le azioni esecutive, disporre sequestri o acquisire diritti di prelazione sul patrimonio del debitore, il tutto sempre ai sensi dell'art. 10.2 L. 3/2012.

**Mario Rossi, Carlo Bianchi, Giovanni Battista Rossi**

Si allegano:

- a) proposta di accordo
- b) documenti ex art 9.2 l. 3/2012:
  - b1) elenco dei creditori, con somme dovute;
  - b2) elenco dei beni del debitore;
  - b3) eventuali atti di disposizione degli ultimi 5 anni;
  - b4) dichiarazioni dei redditi degli ultimi 3 anni;
  - b5) attestazione della fattibilità del piano;
  - b6) elenco spese sostentamento della famiglia.



## *Sottrazione internazionale e audizione del minore nell'ambito del procedimento per il rimpatrio: quando la volontà del minore coincide con il suo superiore interesse?*

**Francesca Maoli**

Dottoranda di ricerca, Università di Genova

**Sommario:** 1. *Sottrazione internazionale e ascolto del minore nella sentenza della Corte di Cassazione 5 marzo 2014 n. 5237; - 2. Le eccezioni all'obbligo di rimpatrio del minore nella disciplina della convenzione dell'Aja del 1980; - 3. Il valore attribuito all'opinione del minore illecitamente sottratto: novità e rilievi critici della sentenza della Corte di Cassazione; - 4. L'audizione del minore nell'ambito del procedimento di rimpatrio.*

**1. Sottrazione internazionale e ascolto del minore nella sentenza della Corte di Cassazione 5 marzo 2014 n. 5237.** Con la sentenza n. 5237 del 5 marzo 2014 (1), la Corte di Cassazione si è pronunciata sul tema dell'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti che si instaurano a seguito di sottrazione internazionale, ai sensi della disciplina contenuta nella convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 (2) e con specifico riguardo alla facoltà del giudice di non tenere conto dell'opinione del minore stesso, contraria al suo rimpatrio nello Stato di residenza abituale.

Come è noto, la convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori prevede che il giudice del luogo in cui è stato illecitamente condotto un minore debba, in linea di principio, disporre l'immediato ritorno di quest'ultimo nello Stato di residenza abituale, se è trascorso meno di un anno dal suo trasferimento e a meno che non sussistano le circostanze ostative al rimpatrio previste dalla convenzione stessa (3). Queste disposizioni prevedono una serie di motivi ostativi, in presenza dei quali il giudice ha la possibilità di emettere una decisione contraria al ritorno del minore.

In particolare, ai sensi dell'art. 13, il ritorno può essere negato se *a*) la persona, istituzione o ente che si oppone al rimpatrio non esercitava effettivamente il diritto di affidamento sul minore al momento dell'illecito trasferimento o aveva consentito, anche successivamente, ad esso; *b*) vi è il rischio che a causa del ritorno il minore possa trovarsi esposto a pericoli di carattere fisico o psichico o possa trovarsi in una condizione di vita intollerabile. Infine, ai sensi del secondo comma, il giudice può rifiutarsi di ordinare il ritorno qualora accerti che il minore si opponga ad esso, sempre che sia considerato sufficientemente maturo affinché di tale opinione si possa tenere conto.

Per quanto riguarda i casi di sottrazione di minori che si verificano all'interno dello spazio giudiziario dell'Unione europea occorre fare riferimento al regolamento (CE) n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles II-*bis*) (4), il quale, nel riprendere e fare propria la disciplina della convenzione dell'Aja in relazione all'immediato ritorno, vi ha affiancato alcune disposizioni integrative, suscettibili di essere direttamente applicate dalle autorità giurisdizionali degli Stati membri (5). In particolare, è stato introdotto dall'art. 11 par. 2 l'espresso obbligo processuale per cui il minore deve avere la possibilità di essere ascoltato dal giudice chiamato a decidere se disporne il ritorno nello Stato di residenza abituale (6). La norma, facendo riferimento all'art. 12 della convenzione dell'Aja, ha l'effetto di estendere tale obbligo a tutti i

casi in cui il giudice è adito su una domanda di rimpatrio, a prescindere dall'applicabilità di una delle fattispecie di cui all'art. 13 della convenzione (7).

L'audizione del minore è inoltre condizione necessaria ai fini del rilascio del certificato di cui all'art. 42 del regolamento, che consente l'automatica esecuzione, nell'ambito dell'Unione europea, delle decisioni che prevedono il rimpatrio del minore illecitamente sottratto, emanate ai sensi dell'art. 11 par. 8 (8).

Pur collocandosi al di fuori del campo di applicazione del regolamento Bruxelles II-*bis* ed avendo come riferimento normativo la convenzione dell'Aja del 1980, la sentenza contiene delle affermazioni di principio che si pongono in termini generali e possono riferirsi sia alle controversie che ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento che ai casi, come quello in esame, che si collocano in contesto extraeuropeo.

La vicenda alla base della decisione in esame riguarda una minore residente negli Stati Uniti presso la madre e illecitamente condotta in Italia dal padre. La bambina era stata in precedenza affidata in via esclusiva al padre dalla Corte di Appello di Firenze (9), ma la *Family Court Division* di New York aveva sospeso l'esecutività della decisione in pendenza di un procedimento inerente all'accertamento della giurisdizione, il quale si concludeva in favore del giudice italiano. Nelle more del procedimento dinanzi alla Corte di Cassazione, adita da entrambi i coniugi con l'impugnazione della decisione della Corte di Appello, il padre aveva prelevato la figlia all'uscita della scuola e l'aveva condotta con sé in Italia.

A seguito della richiesta di rimpatrio, presentata dalla madre all'Autorità centrale di Washington, il Tribunale per i minorenni di Firenze, dopo aver disposto l'audizione della minore, ormai tredicenne, rilevava come questa avesse manifestato una volontà nettamente contraria al ritorno, desiderando rimanere con il padre in Italia. Ciononostante, il giudice di primo grado aveva deciso di ordinare il rimpatrio negli Stati Uniti, in quanto dalle risultanze processuali non era emerso che tale volontà valesse a comprovare la possibilità che la minore, a seguito del ritorno negli Stati Uniti, venisse esposta a rischi psicologici o ad una situazione intollerabile.

La decisione, impugnata dinanzi alla Corte di Cassazione, è stata da questa riformata con rinvio al giudice di primo grado. La pronuncia della Suprema Corte offre alcuni interessanti spunti per affrontare il tema dell'ascolto del minore da parte del giudice in relazione alla peculiare categoria di procedimenti che si instaurano a seguito di sottrazione internazionale, con particolare riguardo al valore attribuito alla volontà del minore e all'inquadramento dell'istituto in un procedimento caratterizzato dall'urgenza.

### **2. Le eccezioni all'obbligo di rimpatrio del minore nella disciplina della convenzione dell'Aja del 1980.**

Il Tribunale per i minorenni di Firenze aveva basato la decisione di rimpatrio sul fatto che le risultanze dell'audizione della minore nel corso del procedimento, pur manifestando una chiara opposizione della stessa al ritorno negli Stati Uniti, non avevano evidenziato alcun rischio di un'esposizione a rischi psicologici, né ad una situazione intollerabile in tale Stato. La minore, infatti, risiedeva abitualmente a New York insieme alla madre, frequentava la scuola e aveva relazioni affettive e sociali ben radicate e prive di qualsiasi anomalia (10). Inoltre, a parere del giudice di primo grado, la preferenza espressa nei confronti della convivenza con il padre poteva attribuirsi ad una maggiore permissività del genitore stesso, contraria all'interesse della minore.

La Corte di Cassazione ha correttamente rilevato che il Tri-



bunale aveva utilizzato le risultanze dell'audizione per valutare l'applicabilità o meno della fattispecie di cui all'art. 13 lett. b) (11) della convenzione dell'Aja. In altri termini, dalla lettura della sentenza di primo grado si evinceva che era stata data una lettura congiunta dei motivi ostativi al rimpatrio della minore, di cui all'art. 13 c. 1, lett. b), e all'art. 13 c. 2, per cui l'opinione della minore, espressa attraverso l'audizione da parte del giudice, era stata utilizzata al fine di valutare l'eventualità che la minore stessa, negli Stati Uniti, subisse il rischio di una situazione potenzialmente pericolosa o pregiudizievole per il suo benessere.

In tal senso, il Tribunale si era uniformato a quella giurisprudenza della Suprema Corte, che aveva ribadito come le circostanze fondanti l'applicabilità della *grave risk of harm exception* potessero emergere dall'audizione del minore nel corso del procedimento per il ritorno (12). L'attribuzione di una funzione c.d. «cognitiva» all'ascolto era stata subordinata alla sussistenza di una capacità di discernimento (13) in capo al minore, la quale peraltro giustifica l'opportunità stessa di procedere all'ascolto (quale condizione minima affinché questo possa risultare fruttuoso e non comportare il pericolo di traumi per il minore stesso).

Tuttavia, nella sentenza in esame la Corte ha censurato la conclusione del giudice di primo grado, nella parte in cui questi avrebbe trattato cumulativamente due ipotesi previste dall'art. 13 della convenzione. Con la sentenza che si esamina è stato chiarito che la funzione meramente cognitiva della sussistenza di un pericolo, attribuita alle risultanze dell'audizione del minore, convive con l'autonomo motivo ostativo per cui il rimpatrio può essere negato se il minore vi si oppone. La funzione cognitiva continua ad essere attribuita alle dichiarazioni del minore in ordine all'accertamento della situazione di rischio; tuttavia, ciò non intacca la piena applicazione dell'eccezione di cui al secondo comma dell'art. 13, quale ipotesi autonoma, qualora ne sussistano i presupposti.

In altri termini la Cassazione ha dato una duplice lettura di quest'ultima norma. Da un lato, si ribadisce la possibilità che l'ascolto del minore abbia una funzione meramente probatoria, orientata nel senso di acquisire elementi idonei a valutare la sussistenza o meno dei presupposti per l'applicazione della fattispecie eccezionale di cui alla lett. b). Dall'altro, tuttavia, si chiarisce che questa funzione non può avere l'effetto di deprivare la disposizione dell'art. 13 c. 2 da ogni effetto autonomo, in quanto l'opposizione del minore al rimpatrio può fondare di per sé il diniego del giudice, costituendo un'autonoma fattispecie eccezionale. Il Tribunale, utilizzando le risultanze dell'audizione, peraltro inequivocabilmente orientate in senso contrario al ritorno negli Stati Uniti, solamente al fine di ravvisare o meno la sussistenza di un grave pericolo per l'integrità psico-fisica del minore, avrebbe erroneamente relegato l'audizione ad una funzione meramente cognitiva, sottraendosi al compito di tenere conto delle preferenze espresse dalla minore stessa.

La Corte di Cassazione ha quindi stabilito che l'opinione del minore ha una rilevanza autonoma nell'ambito delle eccezioni all'obbligo del giudice di ordinare il rimpatrio stabilito all'art. 13. Infatti, si ritiene che la norma preveda tre distinte ipotesi ostative, le quali sono poste sullo stesso piano, nonostante il fatto che dalla lettura della disposizione emerga una differenza tra le eccezioni elencate alle lett. a) e b) e quella posta al successivo comma 2 (14).

Questa autonomia lessicale, peraltro, non fa che confermare la censura dei giudici di legittimità alla decisione di primo

grado. Il Tribunale per i minorenni di Firenze, infatti, avrebbe potuto plausibilmente ritenere soddisfatti i requisiti dell'età e del grado di maturità sufficiente in capo alla minore, in quanto quest'ultima al momento dell'audizione aveva già tredici anni ed era stata considerata dallo stesso Tribunale per i minorenni «assolutamente in grado di esprimere il proprio pensiero, le proprie emozioni, gli stati d'animo e le proprie esigenze». La decisione di non conformarsi all'opinione della minore, dunque, non avrebbe dovuto limitarsi ad una valutazione incentrata unicamente non sussistenza di un rischio di carattere psico-fisico per effetto del rimpatrio, ma avrebbe dovuto essere corretta quantomeno da una adeguata motivazione sul punto della non corrispondenza di tale opinione con gli interessi della minore stessa.

### 3. Il valore attribuito all'opinione del minore illecitamente sottratto: novità e rilievi critici della sentenza della Corte di Cassazione.

La Corte di Cassazione nella decisione in esame, oltre a ribadire quanto affermato in precedenti pronunce, ha introdotto alcuni fattori di grande novità. In primo luogo, si è statuito che l'audizione del minore nei casi di sottrazione internazionale può di per sé giustificare la decisione di negare il rimpatrio. In secondo luogo, i giudici di legittimità hanno espresso un principio per il quale, alla luce della sempre maggiore rilevanza che l'ascolto del minore ha assunto tanto nell'ordinamento italiano quanto in ambito internazionale, «ormai non residuino spazi per assegnare all'ascolto una sussidiaria funzione meramente cognitiva». Pertanto, ogni volta in cui il minore capace di discernimento è ascoltato nel corso del procedimento, della sua opinione deve necessariamente tenersi conto, anche in materia di sottrazione internazionale di minori.

La Corte assume a parametro della rilevanza da attribuire all'opinione del minore la capacità di discernimento, la quale, come già accennato, rappresenta il tradizionale criterio applicabile nel momento in cui il giudice deve decidere se disporre o meno la sua audizione. Già la convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (15), all'art. 12, ha attribuito al minore «*capable of forming his or her own views*» il diritto ad essere ascoltato nelle questioni che lo riguardano. Lo stesso parametro è utilizzato dalla convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori, che traduce il diritto all'ascolto in un corrispondente dovere delle autorità giurisdizionali (16).

Più precisamente, alla luce delle disposizioni che, a livello dell'ordinamento italiano, regolano l'istituto dell'ascolto relativamente a diverse fattispecie, può darsi consolidata la presunzione in base alla quale il minore che ha raggiunto il dodicesimo anno di età si considera capace di discernimento, per cui il giudice deve senz'altro disporne l'audizione (17). Le recenti riforme intervenute in materia di filiazione (18), introducendo diverse modifiche al codice civile anche in relazione all'istituto dell'ascolto, confermano questo orientamento: il nuovo art. 336-bis, contenente una disciplina generale sul punto, impone al giudice di accettare la capacità di discernimento soltanto in caso di minore infradodicenne (19).

Tuttavia, se la capacità di discernimento rappresenta il parametro che legittima l'opportunità stessa di ascoltare il minore, la decisione di tenere conto dell'opinione risultante dall'audizione è oggetto di autonoma valutazione. Nel caso in commento la Corte di Cassazione afferma, sostanzialmente, che il minore dotato di capacità di discernimento



deve necessariamente essere ascoltato e che la sua opinione deve necessariamente essere presa in considerazione dal giudice. Infatti, secondo la Suprema Corte la distinzione lessicale tra la formula «piena capacità di discernimento» e la terminologia adottata dalla convenzione dell'Aja, che fa riferimento all'età e al grado di maturità, appare sempre più sfuocata, con la conseguenza che «ogni volta in cui il minore sia in grado di esprimere la propria volontà, avendo piena capacità di discernimento, del suo parere deve essere data piena considerazione».

Vi è dunque una notevole differenza rispetto a decisioni precedenti (20), nella parte in cui è offerta un'interpretazione evolutiva dei criteri dell'art. 13 c. 2 della convenzione. In questo modo, il criterio della capacità di discernimento, posto alla base della decisione sull'opportunità di procedere all'audizione, rileverebbe anche in una fase successiva, quella dell'attribuzione di un valore determinante all'opinione del minore. In tale prospettiva la Suprema Corte italiana sembra voler promuovere una maggiore attenzione per l'opinione del minore, andando anche oltre i limiti imposti dalla convenzione dell'Aja. Nel sistema della convenzione, infatti, la prova della sussistenza di uno dei motivi ostativi di cui all'art. 13 non comporta l'obbligo per il giudice di pronunciarsi in senso contrario al ritorno del minore, residuando la discrezionalità di decidere se il rimpatrio risulti comunque opportuno (21).

Ad una prima lettura della decisione in esame, sembrerebbe che la Corte di Cassazione intenda imporre al giudice l'obbligo di conformarsi all'opinione del minore. A ben vedere, tuttavia, non può certo dedursi che la Suprema Corte intenda stabilire un automatico rispetto per l'opinione del minore, derivante dalla sussistenza della mera capacità di discernimento e a prescindere da qualunque valutazione circa l'interesse dello stesso nel caso concreto. La posizione assunta dalla Corte deve essere letta alla luce del principio per il quale l'obiettivo principale del giudice rimane, in ogni caso, il perseguitamento del *best interest of the child*, nel senso di ricercare la soluzione che si prospetta migliore per il suo benessere e il suo sano sviluppo psicofisico. Ciò comporta non solo, come già accennato, la necessità di predisporre adeguate cautele quando si procede all'audizione, ma anche che l'opportunità di discostarsi dalla volontà del minore ogni volta in cui essa non paia coincidere con il suo stesso interesse.

Questa esigenza, che si basa su un parametro tanto universalmente accettato (22) quanto di difficile determinazione, è particolarmente sentita nell'ambito dei casi di sottrazione, che si presentano di estrema complessità per i minori coinvolti. È frequente che questi si trovino in condizioni disagevoli, soggetti ad intimidazioni e pressioni da parte di uno o entrambi i genitori e, di conseguenza, siano talora incapaci di realizzare quale sia la soluzione maggiormente rispondente al loro interesse. L'opinione espressa dal minore che si trova in una posizione di trauma e debolezza è maggiormente suscettibile di essere influenzata da fattori esterni e dalle pressioni da parte dei genitori. In questo contesto non appare, pertanto, neppure ipotizzabile la scelta di attribuire al minore, in ogni caso, un potere assoluto di voto sulla decisione di rimpatrio (23).

Una simile posizione è stata di recente confermata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della CEDU (24) da parte del giudice nazionale che ha basato la propria decisione di negare il rimpatrio del minore illecitamente sottratto unicamente

sulla base della sua opposizione (25). La Corte di Strasburgo ha rilevato che l'opinione del minore deve essere presa in considerazione, ma non necessariamente seguita: l'art. 13 della convenzione dell'Aja non impone al giudice di aderire automaticamente all'opinione del minore, anche se considerato sufficientemente maturo. Pertanto, occorrerà senz'altro tenere in conto l'opinione del minore, ma di questa dovrà essere data una adeguata valutazione alla luce delle circostanze del caso di specie, non potendo valutare il *best interest* del minore solamente alla luce delle dichiarazioni rese nel corso del procedimento (26).

È pur vero che tra le statuizioni della Corte di Strasburgo e della Corte di Cassazione sono ravvisabili differenze per quanto riguarda l'identificazione dell'interesse del minore. Mentre la Suprema Corte sembra aver rintracciato una sorta di presunzione per cui l'interesse del minore capace di discernimento coincide, in linea di principio, con il rispetto della sua volontà, i giudici della Corte europea fanno integralmente gravare sul giudice il dovere di valutare se e in quale misura sia opportuno aderire all'opinione del minore, in quanto il suo *best interest* rimane presuntivamente identificato nel ritorno nello Stato di residenza abituale (27).

D'altra parte, la decisione della Suprema Corte nel senso di dare maggior rilevanza alla volontà del minore appare giustificabile alla luce delle circostanze del caso concreto. Come già accennato, il giudice di primo grado ha deciso di non tenere conto dell'opposizione al rimpatrio di una minore di tredici anni, la cui età poteva di per sé ragionevolmente indicare il raggiungimento di una maturità tale da poter esprimere un'opinione consapevole, tanto che la Corte di Cassazione ha ritenuto che tale opinione fosse finalizzata all'esplicitazione di un vero e proprio «progetto di vita».

Ciò non significa che, anche in un caso del genere, non possono verificarsi situazioni per cui non sia comunque opportuno tenere conto del punto di vista del minore, allorché si reputi che quest'ultimo non sia comunque nella piena capacità di curare i propri interessi. Tuttavia, il giudice che decida di non conformarsi alle determinazioni del minore è gravato di un dovere motivazionale, che diventa tanto più oneroso quanto più le circostanze del caso lasciano intendere che il minore abbia raggiunto un elevato grado di sviluppo psichico ed emozionale.

#### 4. L'audizione del minore nell'ambito del procedimento di rimpatrio.

La decisione in esame non è la prima ad aver segnato una definitiva rottura con il tradizionale orientamento giurisprudenziale (28) per cui, nei procedimenti di rimpatrio, l'audizione del minore non è necessaria, in ragione del carattere urgente e meramente ripristinatorio della procedura. Tuttavia, è proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto che la giurisprudenza di legittimità risulta anche in questo caso carente, non risolvendo il problema del bilanciamento tra la necessità di ascoltare il minore e l'esigenza di giungere con speditezza ad una decisione.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 5237 del 2014, a ben vedere, ha espresso in modo ancora più marcato il principio per cui il minore deve essere ascoltato. La Suprema Corte ha stabilito che il giudice deve sempre tenere in considerazione la volontà del minore capace di discernimento: sembrerebbe quindi che l'audizione rappresenti un passaggio imprescindibile nella formazione del convincimento del giudice, in quanto canale privilegiato attraverso il quale assumere diretta cognizione di tale volontà.



Tuttavia, essendo ormai un dato acquisito che nei casi di sottrazione internazionale l'interesse superiore del minore è perseguito, almeno in linea di principio, attraverso il suo ritorno immediato nello Stato di residenza abituale, l'art. 2 della convenzione dell'Aja prevede che nel decidere sul ritorno di un minore illecitamente sottratto si applichino i principi stabiliti a livello internazionale e incardinati all'interno delle procedure d'urgenza a disposizione negli ordinamenti nazionali (29). Per quanto riguarda l'Italia, il riferimento è all'art. 7 della legge recante l'autorizzazione alla ratifica della convenzione (30), che disciplina il procedimento per il ritorno dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, stabilendo che il Tribunale per i minorenni debba decidere entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Di conseguenza, il procedimento che si instaura dinanzi al giudice del luogo in cui il minore è stato illecitamente condotto ha carattere sommario e non rappresenta la sede in cui viene presa una decisione definitiva con riguardo alle condizioni di affidamento del minore. In relazione a queste ultime, il giudice dello Stato di illecito trasferimento potrà, al limite, adottare dei provvedimenti di natura cautelare o provvisoria (31). La competenza a decidere nel merito della situazione familiare spetta, infatti, al giudice del luogo di residenza abituale del minore (32), pur nell'eventualità che, a seguito di una decisione contraria al rimpatrio, il minore abbia acquistato la propria residenza abituale nel nuovo Stato.

Su questa impostazione si è espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, con riguardo alla natura del procedimento per il ritorno del minore illecitamente sottratto e agli obblighi imposti al giudice dall'art. 8 della CEDU. A partire dal noto caso *Neulinger* (33) è stato ritenuto, infatti, che anche in tale eventualità, pur sussistendo la necessità di procedere con urgenza, il giudice non possa prescindere da una *«in-depth examination of the entire family situation»* e delle circostanze del caso di specie, nell'ottica di operare un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, i quali comprendono non solo l'interesse del minore, ma anche quello dei suoi genitori, nonché l'interesse statale, protetto attraverso le norme di ordine pubblico (34).

Nonostante le pronunce successive abbiano apportato dei temperamenti ai principi espressi in *Neulinger* (35), la Corte di Strasburgo ha continuato ad imporre all'autorità giurisdizionale degli obblighi procedurali, che sottendono un accurato esame della situazione e delle circostanze idonee a determinare una decisione contraria al ritorno del minore, il cui fondamento risiede necessariamente nel perseguitamento del suo superiore interesse. Pur non soprapponendosi con la valutazione nel merito dei diritti di affidamento, risulta evidente che in tal modo la decisione sul rimpatrio non può che avvicinarsi alla prima, con la conseguenza che il giudice, nel ricercare quale sia la migliore soluzione del minore nel caso concreto, difficilmente potrà prescindere dall'audizione di quest'ultimo e dei soggetti esercitanti la responsabilità genitoriale, nonché da una valutazione generale delle condizioni di vita del minore stesso. Allo stesso tempo, però, la Corte di Strasburgo continua a affermare la necessità che i casi di sottrazione internazionale siano affrontati con particolare celerità, in quanto lo scorrere del tempo può avere conseguenze irrimediabili sul benessere del minore e sul suo rapporto con il genitore da cui è stato allontanato (36).

Le due esigenze appaiono difficilmente conciliabili e ciò spiega la criticità del procedimento di rimpatrio, come emerge anche dalla pronuncia resa dalla Corte di Cassazione. Nel caso in

esame il carattere sommario del procedimento di rimpatrio deve essere bilanciato con una maggiore considerazione per la volontà del minore, tanto che la Suprema Corte non sembra tenere in conto la questione per cui il giudice adito per il rimpatrio ha il dovere di procedere con celerità, ma anche di interfacciarsi con l'obbligo di predisporre le necessarie cautele affinché l'audizione del minore si svolga nel rispetto del benessere di quest'ultimo. Ciò implica, in primo luogo, che il minore debba essere informato sullo svolgimento e sulle ragioni della sua audizione e che, nel caso, questa si svolga per il tramite di adeguate strutture professionali. Inoltre, si pensi alle difficoltà che potrebbero emergere nel momento in cui il genitore che si oppone al rimpatrio si rifiuti di offrire la sua collaborazione, fino ad impedire il contatto del minore con le autorità giurisdizionali.

In realtà, la natura e l'entità di queste misure sono strettamente correlate con le circostanze del caso di specie, tra le quali l'età del minore. L'ascolto di un minore di tredici anni, come quello disposto dal Tribunale per i minorenni di Firenze, potrebbe svolgersi senza richiedere particolari accorgimenti, fino a ritenere sufficiente la convocazione dello stesso in udienza. Può allora comprendersi, sotto questo punto di vista, la posizione assunta dalla Cassazione, dal momento in cui ha considerato di primaria importanza l'acquisizione e il rispetto delle determinazioni di una minore di quell'età.

Ciò non toglie che sia l'urgenza che la necessità di perseguire, in ogni caso, il superiore interesse del minore rappresentano condizioni imprescindibili, la cui coesistenza non è risolta dal dato normativo, in quanto né la convenzione dell'Aja né la legge di ratifica contengono una disciplina dettagliata sul punto.

Queste considerazioni sono valide anche con riguardo alla disciplina contenuta nel regolamento Bruxelles II-bis, nel quale, peraltro, risulta ancora più evidente il problema dell'inquadramento dell'audizione del minore (37). Questa, infatti, trova nell'art. 11 del regolamento una rilevanza autonoma (38), che riflette la maggiore considerazione assunta da esso nell'ambito della disciplina europea in materia di responsabilità genitoriale (39). Tuttavia, il regolamento ha anche introdotto in modo esplicito la regola per cui il giudice investito della domanda di rimpatrio deve pronunciarsi entro sei settimane dalla presentazione dell'istanza, utilizzando le procedure più celeri previste dall'ordinamento nazionale (40).

Tale previsione, contenuta nell'art. 11 par. 3, risulta sistematicamente violata da parte dei giudici nazionali, poiché mal si concilia con le difficoltà che si incontrano nel momento in cui il giudice deve disporre l'audizione del minore. Quest'ultima, come già accennato, non risulta definita con riguardo alla sua funzione, né è regolata nelle sue modalità, con il risultato di lasciare ai singoli ordinamenti nazionali la disciplina di aspetti tanto delicati e problematici.

Tale specificità delle norme del regolamento, che delegano la precisa definizione della nozione stessa di «audizione» del minore e delle relative modalità di esplicazione alle legislazioni nazionali, è stata sottolineata dalla Corte di giustizia, che nel noto caso *Aguirre Zarraga* (41) ha stabilito come un ordine di ritorno, dotato di certificato di esecutività ai sensi dell'art. 42 del regolamento e attestante che il minore è stato sentito nel corso del procedimento non può essere sindacato, in relazione alla veridicità dell'avvenuta audizione, da parte delle autorità di un altro Stato membro, nel quale la decisione debba essere eseguita (42).

Tuttavia, dal momento in cui l'audizione del minore costitui-



sce ormai un adempimento processuale necessario anche nel contesto del procedimento per il ritorno, l'esigenza di identificare la natura e il contenuto dell'istituto è diventata imprescindibile. Un'eventuale riformulazione del regolamento Bruxelles II-bis potrebbe essere la sede per affrontare la questione (43), attraverso una diretta previsione delle modalità dell'audizione da parte del giudice nazionale o tramite una più chiara esplicazione della funzione attribuita all'ascolto nell'ambito del procedimento per l'immediato ritorno.

**Note:**

- (1) La sentenza è pubblicata in *Foro It.*, 2014, IV, p. 1075 ss.
- (2) La convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, è stata ratificata, ad oggi, da oltre 90 Stati, il cui elenco completo ed aggiornato è reperibile sul sito ufficiale della Conferenza dell'Aja, <http://www.hcch.net>. L'Italia ha firmato la convenzione il 2 marzo del 1987, mentre l'autorizzazione alla ratifica è stata data con la legge 15 gennaio 1994, n. 64, pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 23 del 29 gennaio 1994.
- (3) Cfr. artt. 12, 13 e 20. Sulla disciplina della convenzione e più in generale, sulla sottrazione internazionale di minori, si rinvia a Carrera, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 1994, 4, p. 777 ss.; Salzano: *La sottrazione internazionale dei minori: accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*. Milano, 1995; Beaumont, McLeavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999; Queirolo, *La sottrazione internazionale di minori tra disciplina europea ed internazionale*, in Queirolo, Benedetti, Carpaneto, *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*; Shuz, *The Hague Child Abduction Convention - a critical analysis*, Oxford, 2013.
- (4) Sulla disciplina del regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2002 in materia di responsabilità genitoriale, in dottrina, si rinvia a Queirolo, Schiano di Pepe, *Lezioni di diritto dell'UE e relazioni familiari*, Torino, 2008; Trimmings, *Child abduction within the European Union*, Oxford, 2013; Baruffi, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel Regolamento Bruxelles II bis*, in Carbone, Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 262 ss.
- (5) Il regolamento introduce, in primo luogo, una specifica disciplina in punto di giurisdizione per i casi di sottrazione internazionale, di cui all'art. 10. Con specifico riguardo alla «comunitarizzazione» della disciplina della convenzione dell'Aja del 1980, si fa riferimento all'art. 11 del regolamento. Per un'analisi comparativa del regolamento n. 2201/2003 e della convenzione dell'Aja, si rinvia a Tonolo, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il Regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2011, p. 81 ss.; Carpaneto, *Reciproca fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2011, p. 361 ss.; Espinosa Calabuig, *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra regolamento n. 2201/2003 e convenzione dell'Aja del 1980*, in Carbone, Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, op. cit., p. 283 ss.;
- (6) L'art. 11, par. 2, del regolamento stabilisce che il giudice «Nell'applicare gli articoli 12 e 13 della convenzione dell'Aja del 1980, si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità».
- (7) Aspetto rilevato da Shuz, *op. cit.*, p. 22. L'autore sostiene, correttamente, che la norma deve essere interpretata alla luce del considerando n. 19 del regolamento, il quale statuisce espressamente che il regolamento non intende modificare le regole di procedura nazionali in materia di ascolto del minore nei procedimenti giurisdizionali.

(8) Si tratta, come noto, del c.d. *trumping order*, per il quale una decisione che nega il ritorno del minore illecitamente sottratto, emanata ai sensi degli artt. 12 o 13 della convenzione dell'Aja, può essere riformata da una successiva decisione da parte delle autorità giurisdizionali del luogo di residenza abituale del minore.

(9) Prima di questa decisione, in realtà, il padre della minore aveva già tentato di trattenere con sé la figlia, in occasione di un periodo di visita in Italia, ma il Tribunale di Pisa aveva disposto la riconsegna della minore alla madre.

(10) L'identificazione dello Stato di residenza abituale del minore rappresenta un passaggio determinante nell'applicazione della disciplina della convenzione dell'Aja del 1980, in quanto essa trova applicazione soltanto nei confronti di minori abitualmente residenti in uno Stato contraente immediatamente prima della sottrazione ed è in tale Stato che, idealmente, il minore deve fare ritorno. Il regolamento n. 2201/2003, come noto, utilizza il criterio della residenza abituale per radicare la competenza giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale. Per le indicazioni della Corte di Giustizia sulla nozione di residenza abituale del minore, cfr. sentenza 2 aprile 2009, in causa C-523/07, *A*, in *Racc.*, 2009, p. I, 2805 ss. In relazione alla determinazione della residenza abituale di un minore in tenera età, cfr. punti 51 ss. della sentenza 22 dicembre 2010, in causa C-497/10 PPU, *Mercredi*. Sia la convenzione dell'Aja che il regolamento Bruxelles II-bis sono espressione della sempre maggiore importanza assunta, nell'ambito del diritto internazionale privato europeo, dal criterio della residenza abituale rispetto al criterio della cittadinanza, al fine della localizzazione dei rapporti familiari, si veda Di Napoli, *A place called home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2013, p. 899 ss.; Mellone, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, *ibidem*, 2010, p. 685 ss.

(11) La c.d. *grave-risk-of-harm exception* è una delle disposizioni convenzionali di più delicata applicazione, in quanto è frequentemente invocata in giudizio ed utilizzata dai giudici nazionali per impedire l'allontanamento del minore dal territorio dello Stato, facendo rientrare nella nozione di pericolo o di situazione intollerabile un'ampia gamma di circostanze. In realtà, il *Rapporto esplicativo* di Perez-Vera del 1982, par. 34, allegato alla convenzione e reperibile sul sito <http://www.hcch.net>, precisa che i motivi ostativi al rimpatrio del minore devono essere interpretati restrittivamente, se non si vuole che la convenzione diventi lettera morta, in quanto la regola fondamentale rimane quella per cui il minore deve fare ritorno nello Stato di residenza abituale. Con specifico riferimento all'art. 13 lett. b), si vedano i lavori della Conferenza dell'Aja, nell'ambito delle Commissioni Speciali per la revisione dell'applicazione pratica della convenzione, *Preliminary Document No 9 of May 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011 on the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention*, redatto dal Permanent Bureau, che ripercorre le principali questioni interpretative della norma, nell'ambito dei casi di violenza familiare. La giurisprudenza italiana è orientata verso un'interpretazione restrittiva della disposizione: cfr. Cass., 27 aprile 2004 n. 8000; Cass., 18 marzo 2006, n. 6081, in *Fam. dir.*, 2006, p. 588 ss., con nota di Lena; Cass., 5 ottobre 2011, n. 20365 in *Corr. giur.*, 2012, p. 515 ss.

(12) Cass., 11 agosto 2011, n. 17201. In tale occasione, la Suprema Corte aveva statuito che «Il tribunale per i minorenni può provvedere all'audizione del minore, purché capace di discernimento, e trarre dal di lui ascolto elementi - da ponderare alla luce dell'intera istruttoria del caso - ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza del fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici o psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile, fermo restando che alla opinione espressa dal minore, contraria al rimpatrio, può at-



tribuirsi efficacia, non di causa esclusiva del rigetto dell'istanza, bensì di elemento corroborante il convincimento del giudice sulla sussistenza del pregiudizio, quale causa autonoma e sufficiente di deroga al principio generale del rientro immediato».

(13) Per alcune considerazioni sulla capacità di discernimento del minore ai fini dell'esercizio del diritto all'ascolto, si veda *infra*, nel paragrafo successivo.

(14) Questo aspetto è stato analizzato da Shuz, *op. cit.*, p. 317 ss.

(15) Sulla convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, in dottrina, si rinvia a Saulle, *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Ed. scientifiche italiane, 1994.

(16) Cfr. artt. 3 e 6 della convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 sotto l'egida del Consiglio d'europa.

(17) Al riguardo, è significativa la recente sentenza della Corte di Cassazione del 21 novembre 2014, n. 24863, con la quale è stato stabilito che «l'operatività, in linea generale, del principio [dell'ascolto del minore] comporta l'insussistenza della necessità di motivare specificamente le ragioni della disposta audizione del minore; per converso, si ritiene che il giudice, nelle ipotesi in cui ravvisi di escludere l'ascolto, vale a dire solo quando esso sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori del fanciullo stesso, sia tenuto a fornire adeguata giustificazione».

(18) Il riferimento è alla l. 219 del 10 dicembre 2012 e al conseguente decreto legislativo n. 154 del 2013, di revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, pubblicato in *Gazz. Uff.*, n. 5 dell'8 gennaio 2014. In generale, sulla riforma, si rinvia ai contributi contenuti nel fascicolo monografico di *Fam. dir.*, 2013, p. 225 ss.

(19) Il primo comma dell'art. 336-bis così recita: «Il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato». In dottrina, si veda Ballarani, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 841 ss.

(20) Cfr. Cass., 15 febbraio 2008, n. 3798, in *Fam. dir.*, 2008, 885 ss., con nota di Liuzzi; Cass., 27 luglio 2007, n. 16753; Cass., 27 aprile 2004 n. 8000.

(21) Il *Rapporto esplicativo* cit., par. 113, è chiaro sul punto, stabilendo che le fattispecie eccezionali degli artt. 13 e 20 non operano automaticamente, attribuendo al giudice la facoltà, e non il dovere, di decidere in senso contrario al rimpatrio del minore.

(22) È sufficiente fare riferimento ai numerosi strumenti di diritto internazionale che si occupano della tutela del minore in quanto soggetto di diritti, a partire dalla Dichiarazione dei diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959, nella quale compare per la prima volta il criterio del «*best interest of the child*». Il concetto, come noto, è stato ripreso dalla convenzione di New York del 1989, la quale prevede, all'art. 3, che «*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*». Un analogo riferimento è presente nell'ambito dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000 e riadattata il 12 dicembre 2007, a Strasburgo, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 364 del 18 dicembre 2000.

(23) In tal senso Kruger, *International child abduction: the inadequa-*

*cies of law*, Oxford, 2011, p. 35 ss. La questione è stata affrontata anche in occasione del nuovo studio pubblicato dalla Commissione giustizia, libertà e sicurezza del Parlamento europeo, intitolato *Cross-border parental child abduction in the European Union*, disponibile sul sito ufficiale del Parlamento europeo <http://www.europarl.europa.eu>. Con riguardo alle obiezioni sollevate in relazione all'obbligo di ascolto previsto dall'art. 11 del regolamento Bruxelles II-bis, è stato considerato che «*the hearing of the child may even harmful, whenever the court's decision contradicts his or her will, or because the parent "not chosen" may not take his/her child's view with maturity and responsibility. In other words, one should fear a childish reaction on the part of the "not preferred" parent*». In questa sede, è stata espressa la preferenza per un *case-by-case approach*.

(24) La CEDU, infatti, non contiene un'esplicita enunciazione del diritto all'ascolto del minore. La Corte di Strasburgo ha inquadrato la questione nell'ambito del principio per cui l'interesse del minore deve essere tenuto in primis considerazione nelle questioni che lo riguardano, derivante a sua volta dall'art. 8, che protegge il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In altre occasioni, la Corte ha fatto riferimento anche all'art. 6 della CEDU, contente i diritti in materia di giusto processo. In dottrina, sulla protezione del diritto all'ascolto del minore nell'ambito della CEDU, si rinvia a Porchia, *Gli strumenti sovranaziali in materia di ascolto del minore*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2012, p. 86 ss.

(25) Cfr. le sentenze 7 marzo 2013, *Raw and Others v. France*, n. 10131/11; e 1 luglio 2014, *Blaga v. Romania*, n. 54443/10.

(26) Cfr. punto 80 della sentenza 1 luglio 2014, *Blaga v. Romania*, cit..

(27) È questa l'impostazione adottata dal sistema della convenzione dell'Aja, come emerge dal Preambolo e dall'art. 1, i quali esplicitano come l'obiettivo fondamentale della convenzione sia quello «di assicurare l'immediato rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in qualsiasi Stato contraente».

(28) Cfr. Cass., 19 maggio 2010, n. 12293, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2011, p. 225 ss.; Cass., 4 aprile 2007, n. 8481, in Guida al dir., 2007, p. 46 ss.; Cass., 23 gennaio 2013, n. 1527, in *Fam. dir.*, 2014, p. 151 ss., con nota di Ippoliti Martini.

(29) Ai sensi dell'art. 11, inoltre, se il procedimento per il ritorno non si è concluso entro sei settimane dalla presentazione dell'istanza di rimpatrio, le autorità giurisdizionali e amministrative coinvolte hanno l'obbligo, su richiesta, di fornire una spiegazione ufficiale delle ragioni del ritardo. Cfr. anche gli artt. 16 e 17 della convenzione.

(30) L. 15 gennaio 1994, n. 64, cit.

(31) Possibilità, peraltro, espressamente prevista dal regolamento Bruxelles II-bis, il cui art. 20 stabilisce che in casi d'urgenza, le Autorità giurisdizionali di uno Stato membro, prive della competenza a decidere nel merito, possano adottare i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone e ad i beni presenti nel territorio dello Stato. Proprio sulla base del fatto che tali provvedimenti provengono dal giudice non competente a decidere nel merito, e nell'intento di evitare l'elusione delle regole sulla competenza predisposte dal regolamento, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato che essi non beneficiano del regime di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni previsto dal regolamento. Sul punto, si veda Feraci, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purruker*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2011, p. 107 ss.

(32) Il quale è considerato il *forum conveniens* per decidere del futuro di quest'ultimo. In tal senso, Beaumont, McEahey, *op. cit.*, p. 30.

(33) Sent. 6 giugno 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, n. 41615/07, punti 134 ss.

(34) Questa impostazione, ripresa anche nella nota pronuncia nel



caso *Sneersone and kampanella v. Italy* del 11 luglio 2011, n.14737/2009, è stata autorevolmente criticata, in quanto avrebbe mal interpretato la natura del procedimento per il ritorno nel contesto della convenzione dell'Aja. In argomento, cfr. Honorati, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2013, p. 6 ss.; Marchegiani, *Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 987 ss.; Walker, *The impact of the Hague Abduction Convention on the rights of the family in the case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the danger of Neulinger*, in *Jour. priv. int. law*, 2010, p.649 ss.

(35) In riferimento è alla sentenza della Grande Camera del 26 novembre 2013, *X v. Latvia*, n. 27853/09, per un commento alla quale si rinvia a Honorati, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, cit.; Walker, Beaumont, *Post Neulinger case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention*, in *PB Hague Conference on Private International Law (ed.), A Commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013, p.17 ss.;

Da ultimo, cfr. le sentenze del 13 gennaio 2014, *Holhom v. Slovakia*, n. 35632/13, e del 15 gennaio 2015, *M.A. v. Austria*, n. 4097/13.

(36) La rilevanza attribuita all'ascolto del minore è considerata una *added value* del regolamento Bruxelles II-bis rispetto alla Convenzione dell'Aja: in tal senso Trimmings, *op. cit.*, p. 181 ss.

(37) La *Guida Pratica all'applicazione del nuovo regolamento "Bruxelles II"*, nella versione aggiornata del 1° giugno 2005 (disponibile sul sito della Commissione europea: <http://ec.europa.eu>), qualifica l'audizione del minore come uno dei «requisiti» della decisione che comporta il ritorno del minore nella residenza abituale.

(38) A partire dal considerando 19 del regolamento, secondo il quale: «L'audizione del minore è importante ai fini dell'applicazione del presente regolamento, senza che detto strumento miri a modificare le procedure nazionali applicabili in materia». L'istituto assume pertanto un ruolo fondamentale nell'identificazione del *best interest* del minore da parte del regolamento Bruxelles II-bis: si veda, al riguardo, Lopes Pegna, *L'interesse superiore del minore nel Regolamento n. 2201/2003*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2013, p. 357 ss.

(39) L'art. 11 par. 3 del regolamento statuisce che «Un'autorità giurisdizionale alla quale è stata presentata la domanda per il ritorno del minore di cui al paragrafo 1 procede al rapido trattamento della domanda stessa, utilizzando le procedure più rapide previste nella legislazione nazionale. Fatto salvo il primo comma l'autorità giurisdizionale, salvo nel caso in cui circostanze eccezionali non lo consentano, emana il provvedimento al più tardi sei settimane dopo aver ricevuto la domanda.». La *Guida pratica* all'applicazione del regolamento cit., p. 34, stabilisce che questo periodo deve essere interpretato nel senso di includere anche l'esecuzione dell'ordine di rimpatrio.

(40) Sentenza del 22 dicembre 2010, in causa C-491/10, PPU, *Aguirre Zarraga c. Pelz*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2011, p. 527 ss. Per un commento alla sentenza e, in generale, alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di sottrazione internazionale di minori, si rinvia a Dutta, Shulz, *First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation from C to Health Service Executive*, in *Jour. priv. int. law*, 2014, p. 1 ss.; Silberman, *The Hague Convention on Child Abduction and unilateral relocation by custodial parents: has the European Court of Human Rights overstepped its bounds?*, in *Jour. fam. law Pr.*, 2013, p. 26 ss.

(41) Cfr. punti 50 e 51 della sentenza *Aguirre Zarraga*, cit.

(42) Questione marginalmente affrontata dalla Commissione, nel Rapporto del 15 aprile 2014 presentato al Parlamento europeo, al

Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo concernente l'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003. Sottolineando le possibili ripercussioni che le differenze di disciplina in materia di ascolto del minore nell'ambito degli Stati membri possono avere sul regime di circolazione delle decisioni, la Commissione si è espressa nel senso che «*the introduction of common minimum procedural standards, in particular regarding the hearing of the child*<sup>51</sup>, could enhance mutual trust between Member States and, thus, the application of the provisions concerning recognition and enforceability».



***Arbitrato libero o “irrituale”:  
un’anomalia dell’ordinamento  
giuridico italiano***

**Enrico Righetti**

*Avvocato, Foro di Genova*

*Professore di diritto dell’arbitrato e della mediazione  
Università di Genova*

**Sommario:** 1. *L’arbitrato libero o “irrituale” prima della riforma del 2006;* - 2. *La tradizionale dicotomia arbitrato rituale - arbitrato libero;* - 3. *Gli effetti della stipulazione di una valida convenzione per arbitrato irrituale;* - 4. *Il nuovo articolo 808-ter c.p.c.;* - 5. *Altri motivi di impugnazione del lodo irrituale di natura negoziale;* - 6. *Considerazioni conclusive.*

**1. L’arbitrato libero o “irrituale” prima della riforma del 2006.** Anteriormente alla riforma del d. lg. 2 febbraio 2006 n. 40 che, come si vedrà *infra*, gli ha dedicato (peraltro del tutto inaspettatamente) un nuovo art. 808-ter, l’arbitrato libero o irrituale non aveva mai trovato diritto d’ingresso all’interno del codice di procedura civile, se non in una forma anomala e ibrida qual era l’art. 412-ter c.p.c., prima della riforma del 2010, in materia di controversie individuali di lavoro (1). Frutto di una prassi negoziale diffusasi nel commercio e nell’industria nazionali e risalente addirittura al XIX secolo, nata da esigenze di speditezza, competenza e segretezza nell’ambito di un ceto mercantile che attribuiva ai propri eguali il potere di risolvere le controversie insorte al suo interno (2), questo istituto aveva trovato, in un certo senso, una consacrazione da parte della nostra giurisprudenza di legittimità con la nota sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904 (3), ove era stato per la prima volta affrontato il problema della validità di una clausola compromissoria che, nell’ambito dello Statuto dell’Associazione Serica di Milano, disponeva che eventuali controversie insorgende fra soci fossero definite con una decisione di arbitri da assumersi *pro bono et aequo*, riconosciuta non appellabile e da depositarsi soltanto presso il consiglio direttivo dell’Associazione.

In particolare, nel confermare l’impugnata sentenza resa dalla Corte d’Appello di Milano che aveva comunque riconosciuto la validità della clausola arbitrale, pur ravvisando un difetto dei requisiti formali previsti dall’allora vigente codice di procedura civile riguardo l’accordo compromissorio, il procedimento arbitrale ed il deposito del lodo, i giudici di legittimità avevano ritenuto non applicabili al caso di specie le norme codistiche in quanto “*il responso dei probiviri non è una sentenza e non può avere altro valore che quello di una risoluzione contrattuale, contro cui sarebbero sempre proponibili dinanzi all’autorità giudiziaria, come contro ogni specie di convenzione, tutte le eccezioni che potessero insorgere dalla mancanza dei requisiti necessari alla validità di un contratto, non mai eccezioni derivanti da mancanze delle formalità prescritte*”.

In verità, com’è stato da più parti evidenziato (4), la nascita di un arbitrato libero accanto a quello ordinario rituale appare la conseguenza di una vera e propria reazione del mondo imprenditoriale e commerciale all’”*esasperata processualizzazione*” dell’istituto dell’arbitrato, così come era stato disciplinato dal codice di rito del 1865 e poi anche da quello del 1940, oltre che al suo formalismo eccessivo.

Ad esempio, già l’art. 24 del codice del 1865 prescriveva, a

pena espressa di nullità, l’obbligo di deposito del lodo rituale (in allora denominato “*sentenza arbitrale*”) in un termine perentorio di cinque giorni presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui era stato pronunciato. Anche il successivo codice del 1940, pur eliminando la sanzione della nullità, aveva tuttavia mantenuto, nel testo originario dell’art. 825 c.p.c., il predetto termine perentorio per il deposito del lodo, tanto che la stessa giurisprudenza italiana, per lunga pezza assai diffidente verso questa forma di giustizia “privata”, e spesso dimostrata “assai più realista del Re”, non aveva perso l’occasione per accanirsi contro questo istituto stabilendo che il lodo non depositato avrebbe dovuto considerarsi addirittura “*inesistente*” (5) e neppure convertibile in un lodo irrituale (6).

Inoltre, il successo registrato negli anni dall’arbitrato libero era certamente dovuto anche agli indubbi vantaggi sotto il profilo fiscale di cui questi godeva rispetto all’arbitrato rituale. Da un lato, infatti, il decreto giudiziale con cui, a seguito del procedimento di deposito (*exequatur*) di cui al predetto art. 825 c.p.c., si dichiara esecutivo il lodo rituale deve essere assoggettato all’imposta di registro ai sensi dell’art. 8, tariffa all. A del T.U. sull’imposta di registro (D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634). Dall’altro, l’art. 63 dello stesso T.U. pone un obbligo a carico degli arbitri di trasmettere all’ufficio del registro, entro trenta giorni dal deposito del lodo, tutti gli atti prodotti dalle parti, soggetti a registrazione in termine fisso.

Ancora, in passato, un terreno fertile in cui l’arbitrato libero ha potuto diffondersi con vigore è stato quello delle controversie individuali di lavoro, rispetto alle quali l’originario art. 808, 2° comma, del codice di rito del 1940 sanciva il divieto di compromettere per arbitri rituali (7). In questo quadro, la legge 15 luglio 1966 n. 604 in materia di licenziamenti individuali disponeva che, in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, le parti avessero la facoltà di “*definire consensualmente la controversia mediante arbitrato irrituale*” (art. 7, u.c.). Analogamente, la legge n. 533/1973 sulla riforma del processo del lavoro, dedicava un apposito articolo 5 all’arbitrato irrituale: “*Nelle controversie riguardanti i rapporti di cui all’articolo 409 del codice di procedura civile l’arbitrato irrituale è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero dai contratti e accordi collettivi. In questo ultimo caso, ciò deve avvenire senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l’autorità giudiziaria*”.

Ancora più diffusi nella prassi risultavano, poi, gli arbitrati “disciplinari”, ossia quelli previsti in caso di erogazione di sanzioni disciplinari a carico del lavoratore.

Un ulteriore interessante esempio di riconoscimento a livello normativo dell’istituto dell’arbitrato irrituale è fornito dall’art. 619 cod. nav., il quale, nell’ambito del procedimento di liquidazione delle avarie comuni, stabilisce che gli interessati possano, mediante la stipulazione per iscritto di un particolare negozio compromissorio, detto “*chirografo d’avarìa*”, far decidere da arbitri (liquidatori d’avarìa) le cause relative alla formazione del regolamento contributorio. In tal caso, qualora gli interessati intendano che al regolamento venga conferita efficacia di sentenza dal giudice competente e ne facciano espressa dichiarazione nel chirografo, al detto chirografo ed alla relativa procedura dovranno applicarsi le disposizioni del codice di rito sull’arbitrato rituale (artt. 806 ss. c.p.c.). Altrimenti, il chirografo darebbe ingresso ad un arbitrato irrituale o libero (8).



## 2. La tradizionale dicotomia arbitrato rituale - arbitrato libero.

Nell'impostazione tradizionale adottata soprattutto dalla nostra giurisprudenza susseguentemente alla surrichiamata sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904, la distinzione fra le due diverse figure di arbitrato risiede sostanzialmente nel fatto che l'arbitrato rituale sarebbe caratterizzato dall'esplicazione di una vera e propria funzione giurisdizionale, benché considerata come una "giurisdizione privata", mentre sarebbe irrituale l'arbitrato che non comporta esercizio di un'attività giurisdizionale e che si configura quale mandato negoziale con cui, nell'esercizio della loro "autonomia negoziale", le parti conferiscono ad un soggetto terzo il potere di "disporre dei propri diritti", più precisamente di comporre una lite con un accertamento sostitutivo della loro volontà e quindi con la redazione di un atto negoziale direttamente riconducibile alla loro volontà e, come tale, per esse vincolante (9).

In sostanza, secondo questo orientamento tradizionale, l'arbitrato irrituale viene quindi a delinearsi come la "determinazione affidata ad un terzo del contenuto di una transazione, impegnandosi le parti ad accettare il risultato dell'opera del terzo come se lo avessero voluto esse stesse direttamente" (10). Sempre in quest'ottica, benché non siano mancati riconoscimenti di una similitudine sia funzionale che strutturale fra i due istituti, è stato altresì precisato che, mentre l'arbitrato rituale verrebbe ad estrinsecarsi in un procedimento a carattere "aggiudicativo", ossia un vero e proprio "giudizio", quello irrituale costituirebbe invece né più né meno che un semplice negozio di diritto sostanziale, assimilabile in particolare al contratto di transazione (art. 1965 c.c.).

In altre parole, come è stato precisato, all'arbitrato irrituale verrebbe conferito il potere di *disposizione del diritto* o di *transazione* della lite: "qui il terzo non decide la controversia, non accerta chi ha ragione e chi ha torto, non accoglie o respinge la domanda, ma interviene, in sostituzione della parte, nella stipulazione del contratto al fine di 'costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale' (art. 1321 cod. civ.) o di porre fine ad una lite o di prevenirla, non con l'accoglimento o il rigetto delle pretese delle parti, ma con 'reciproche concessioni'" (11).

Un esempio significativo, ma anche emblematico, di questa concezione tradizionale dell'arbitrato libero è dato dal c.d. "biancosegno" (12), che consiste in uno o più fogli già firmati in bianco dalle parti in lite che le stesse affidano ad un terzo-arbitro perché questi, senza alcuna formalità di procedura, li riempia con la sua determinazione. Peraltro, come è stato correttamente sostenuto, questa determinazione non può prescindere dal rispetto di un minimo di contraddittorio, in modo che le parti possano sempre far sentire all'arbitro le rispettive ragioni (13).

Tuttavia, la dottrina e, in parte, anche la giurisprudenza tendono ora a riconsiderare il suesposto orientamento tradizionale concordando su una progressiva emersione di omogeneità delle due *species* di arbitrato fino, per alcuni, a pervenire ad una sostanziale *reductio ad unum* delle stesse (14); tanto che, da qualche tempo, sembra andare assottigliandosi la residua reale differenza fra arbitrato rituale e libero (15): distinzione che viene ravvisata in pratica soltanto sul piano degli effetti della pronuncia del lodo, di carattere giurisdizionale nell'un caso, meramente negoziale nell'altro. Infatti, la distinzione fra queste due figure di arbitrato non può fondarsi sull'assunto di una differenza ontologica fra le stesse, dal momento che, a ben vedere, entrambe, non solo quella dell'arbitrato libero, hanno natura privatistica. Né tantomeno sul-

l'affermazione che soltanto l'arbitrato rituale darebbe corso ad un processo su una controversia sfociante nel giudizio di un arbitro; invero, nella prassi, anche l'arbitrato irrituale consiste in un vero e proprio procedimento, quantunque meno *formale* del primo, il cui epilogo è in ogni caso costituito da una determinazione dell'arbitro che definisce la lite.

E' innegabile quindi che la funzione di risolvere, nel senso di giudicare e decidere (*jus dicere*), una controversia, una lite insorta, caratterizza anche la figura dell'arbitrato libero, che quindi può darsi assolvere anch'esso alla funzione di un giudizio-decisione non soltanto secondo equità, ma anche secondo diritto (16); mentre del giudizio potrebbe, forse, non avere tutti i caratteri strutturali, poiché, sotto questo profilo, l'arbitrato irrituale unisce, in diverse possibili combinazioni secondo la scelta delle parti, i caratteri della transazione con quelli procedurali del giudizio, tra i quali ultimi rimane comunque essenziale il rispetto del contraddittorio (17).

In ogni caso, com'è stato autorevolmente osservato, "anche nell'arbitrato libero, la parte, ciascuna delle parti, non vuol concedere qualcosa, non vuole transigere e ... se l'arbitro libero deve giudicare secondo il diritto e, secondo il diritto, una delle parti ha torto al cento per cento è impossibile parlare di transazione. Il vero è che anche nell'arbitrato libero la parte, che nulla vuol concedere, chiede, tuttavia, la giusta composizione della controversia, chiede che venga individuata la soluzione giusta 'secondo diritto' o 'secondo equità', soluzione che deve divenire vincolante per tutte le parti" (18).

L'arbitrato libero si configura, in sostanza, come la composizione di una lite che, nel suo momento formativo, presenta generalmente taluni caratteri del giudizio ed in cui contenuto concreto è determinato dall'arbitro o dagli arbitri a cui le parti avevano in precedenza affidato il compito (spesso definito quale "mandato a transigere") di comporre, con un giudizio in contraddittorio e per lo più, ma non esclusivamente, equitativo, la controversia fra di esse insorta e dando talora, ma non necessariamente, a questo giudizio la forma della transazione (19).

Che cosa allora distingue veramente l'istituto dell'arbitrato irrituale da quello disciplinato dal nostro codice di rito? Principalmente il fatto che soltanto in questo secondo genere di arbitrato il lodo - ossia la decisione degli arbitri - è suscettibile di acquisire gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824-bis c.p.c.) nonché di essere reso esecutivo (art. 825 c.p.c.).

Il lodo irrituale, invece, pur assolvendo anch'esso normalmente ad una funzione decisoria (come già detto, per lo più equitativa), rimane ben distinto dalla sentenza giudiziale, alla quale non potrà mai essere assimilato e della quale non potrà mai acquisire né l'efficacia esecutiva né l'attitudine ad essere assoggettato ai mezzi d'impugnazione propri delle medesime sentenze.

A quest'ultimo riguardo, anteriormente all'introduzione del nuovo art. 808-ter c.p.c., giurisprudenza e dottrina ritenevano che, essendo il lodo irrituale considerato alla stregua di un contratto, gli unici rimedi configurabili contro una tale decisione sarebbero state le impugnazioni che trovano fondamento nello stesso diritto sostanziale, ossia i mezzi previsti per l'impugnazione dei contratti (artt. 1416 ss., 1425 ss. c.c.) o, più specificatamente, della transazione (artt. 1966, 2° comma, 1969 ss. c.c.). Tra questi, vanno annoverati i motivi di annullamento del contratto che attengono, in particolare, oltre alla violazione dei limiti del mandato, all'errore essenziale (artt. 1428 e 1429 c.c.), in pratica il c.d. "travisamento di fatto" che consiste nell'errore revocatorio di cui all'art.



395, n. 4. c.p.c., ossia in un'alterata percezione o a una falsa rappresentazione della realtà sottoposta all'esame degli arbitri (20), escluso l'errore di giudizio.

### 3. Gli effetti della stipulazione di una valida convenzione per arbitrato irruale.

Nell'insegnamento prevalente della nostra giurisprudenza di legittimità, l'accordo con cui le parti deferiscono ad arbitri rituali o irruuali il compito di dirimere la controversia fra loro già insorta o che potrebbe in futuro insorgere, comporterebbe una vera e propria "rinuncia alla giurisdizione". In particolare, la Suprema Corte ha recentemente avuto modo di stabilire che "l'arbitrato, sia rituale che irruale, costituisce espressione di autonomia negoziale e rinviene il suo fondamento nel potere delle parti di disporre dei diritti soggettivi rinunciando alla giurisdizione ed all'azione giudiziaria" (21), con la conseguenza che si verrebbe a porre "una questione non di giurisdizione ma di merito" (22) dalla quale discenderebbe una "improponibilità della domanda per rinuncia all'azione" (23) da rilevarsi soltanto su istanza di parte (24).

Ora, se ad un simile indirizzo si potrebbe in qualche modo aderire relativamente alla convenzione per arbitrato libero, giacché in effetti con questa le parti intendono sottrarre la risoluzione della propria lite alla *potestas iudicandi* del giudice ordinario, ponendosi invece sul piano nella disposizione dei propri diritti nell'ambito dell'autonomia negoziale, per contro lo stesso orientamento appare assolutamente non condivisibile per quel che riguarda l'arbitrato rituale.

Infatti, con l'affidare ad arbitri rituali il compito di dirimere la controversia le parti non rinunciano in alcun modo alla giurisdizione, nel senso proprio di *ius dicere*; semplicemente, intendono ricorrere ad uno strumento pur sempre a carattere giurisdizionale ma alternativo alla via giudiziaria statuale, facendola cioè decidere da "giudici privati".

In primo luogo, che, a dispetto della tesi propugnata come sopra dalla nostra Cassazione, i rapporti dei giudici nazionali con l'arbitrato (rituale) estero vertano sotto il profilo dei rapporti di giurisdizione appare evidente dall'art. 4, 2° comma della nostra legge di d.i.p. n. 218/95, in forza del quale "la giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un *arbitrato estero* se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili".

Inoltre, per quel che concerne l'arbitrato rituale domestico, il legislatore della riforma dell'arbitrato del 2006 è stato ben chiaro nel voler inquadrare i rapporti fra autorità giudiziaria statuale e arbitri rituali nel segno della *competenza*, così come espressamente dichiarato e disciplinato dall'art. 819-ter c.p.c. Non solo. Come s'è già osservato, il lodo pronunciato in un arbitrato rituale è suscettibile di acquisire gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824-bis c.p.c.), nonché di essere reso esecutivo attraverso il procedimento del deposito (art. 825 c.p.c.).

### 4. Il nuovo articolo 808-ter c.p.c.

Anteriormente all'introduzione nel nostro ordinamento positivo del nuovo art. 808-ter c.p.c. attuata dalla riforma del d.lg. 2 febbraio 2006 n. 40, estremamente dibattuta in giurisprudenza era la questione relativa ai criteri d'individuazione, in presenza di un accordo compromissorio, dell'effettiva volontà delle parti riguardo alla scelta dell'arbitrato rituale oppure di quello irruale.

Invero, il problema si poneva con una certa frequenza, in

quanto non sempre era agevole stabilire, di primo acchito, per quale specie di arbitrato le parti avessero optato in concreto, nel caso in cui queste non ne avessero specificato chiaramente il genere oppure avessero espresso una volontà non inequivoca.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, in tali evenienze l'interpretazione dell'accordo compromissorio avrebbe dovuto tendere ad indagare ed accettare l'effettiva volontà delle parti (ricostruita secondo le ordinarie regole di ermeneutica contrattuale), senza cioè limitarsi al mero criterio letterale, potendo le espressioni letterali usate essere integrate anche dal comportamento tenuto dagli stessi contraenti nelle trattative, nella formulazione dei quesiti e nelle discussioni svoltesi nel corso del giudizio arbitrale (25). In altre pronunce, la Corte di Cassazione, dopo aver esaminato il tenore della clausola compromissoria ed il testo a cui essa inerisce, precisava che gli elementi prettamente letterali non risulterebbero decisivi allorquando in essi ricorrono tanto espressioni tipiche di chi vuol demandare agli arbitri un giudizio quanto altre locuzioni che lascino, invece, intuire la volontà di una sistemazione negoziale. In tali eventualità, i giudici di legittimità ritenevano che si dovesse, allora, procedere con il metodo di "pesare" le varie indicazioni contrapponendo quelle solite dell'uno e dell'altro tipo e cercando di cogliere l'incidenza di quelle più o meno neutre: quali, ad esempio, quelle che impongono l'equità come regola di giudizio, oppure l'esonero dalle formalità di rito o ancora la previsione della non impugnabilità del lodo (26). In ogni caso, il criterio maggiormente impiegato dalla nostra Suprema Corte al fine di propriamente distinguere fra arbitrato rituale ed irruale è quello che si fonda sugli effetti che si intendono conferire al lodo. Sarebbe rituale quello in cui le parti abbiano chiesto agli arbitri una pronuncia sostitutiva di quella propria del giudice e suscettibile di ottenere, attraverso l'eventuale deposito del lodo, efficacia esecutiva. Per converso sarebbe irruale l'arbitrato ove agli arbitri sia stato conferito un mandato a definire la controversia con un lodo destinato ad incidere sul piano meramente contrattuale con una decisione riconducibile alla volontà dei mandanti (27).

Sempre sulla scia dell'orientamento tradizionale della nostra giurisprudenza, qualora fosse persistito un dubbio nell'interpretazione della effettiva volontà delle parti, si sarebbe allora dovuti propendere per la qualificazione della fattispecie in termini di arbitrato irruale, "tenuto conto del carattere del tutto eccezionale dell'arbitrato rituale introduttivo, pur sempre, di una deroga alla competenza del giudice ordinario" (28).

A ben vedere, tuttavia, in questo caso il ragionamento dei giudici di legittimità si dimostrava del tutto incongruente. Intanto, l'arbitrato libero spoglia ancor più il giudice ordinario della *potestas iudicandi*, ossia dell'attività giurisdizionale di cognizione, per cui proprio questo istituto, quindi, andrebbe considerato di carattere "eccezionale". Inoltre, non si comprende perché, riconosciuto dalla legge alle parti il potere di derogare la competenza del giudice ordinario mediante il deferimento ad arbitri rituali della decisione di una controversia, il mancato ricorso alla via giudiziaria debba essere considerata un'eccezione. Infine, non va sottaciuto il fatto che soltanto l'arbitrato rituale assicura alle parti una serie di garanzie che sono invece ignote nell'ambito dell'arbitrato libero.

In questo quadro, il nuovo art. 808-ter c.p.c. ha avuto quattromeno il merito di imporre il principio inverso in base al quale soltanto nella certezza che le parti si siano espresse a



che la controversia sia definita da arbitri mediante una determinazione contrattuale, l'arbitrato sarà da considerarsi *irrituale*, altrimenti dovrà prevalere la forma *rituale*: “*le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo*”.

Come può intravvedersi da un raffronto con gli artt. 807 e 808 c.p.c., questa disposizione pare non prescrivere che l'accordo compromissorio per arbitrato libero debba rivestire la forma scritta “a pena di nullità”. Già in precedenza, la nostra giurisprudenza riteneva che, in caso di arbitrato irrituale, la forma scritta *ad substantiam* fosse vincolante solo nel caso di clausola inserita in contratti formali ai sensi dell'art. 1350 c.c. (29). In tale ottica, è stato altresì precisato che “*la clausola compromissoria per arbitrato irrituale, anche quando la forma scritta sia richiesta soltanto ad probationem, necessita comunque di una espressa approvazione da parte dei contraenti*” (30).

Inoltre, nel suo ultimo comma, la disposizione in esame dispone chiaramente che al lodo irrituale non potrà mai essere concessa efficacia esecutiva a seguito del procedimento di deposito presso la cancelleria del tribunale competente disciplinato dal successivo art. 825 c.p.c.

Infine, nel 2° comma, questa norma detta una serie di motivi di annullamento del lodo irrituale, afferenti segnatamente *errores in procedendo*, proponibili in un'azione davanti al giudice di primo grado competente secondo le disposizioni generali del libro I del codice di procedura civile:

- l'invalidità della convenzione arbitrale
- la pronuncia degli arbitri su conclusioni che esorbitano dai loro limiti (con la conseguente violazione del principio della “corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato”)
- i vizi nelle forme e modi di nomina degli arbitri
- l'incapacità ad essere arbitro ex art. 812 c.p.c.
- la violazione delle regole procedurali dettate dalle parti come condizione di validità del lodo
- la violazione del principio del contraddittorio (31).

##### 5. Altri motivi di impugnazione del lodo irrituale di natura negoziale.

In aggiunta ai surriportati motivi di annullamento per specifici *errores in procedendo*, così espressamente elencati dall'art. 808-ter c.p.c., il lodo irrituale può altresì essere impugnato, sempre davanti al giudice di primo grado, per ulteriori motivi di nullità o annullamento di natura prettamente negoziale, quali ad esempio:

la violenza o il dolo (artt. 1434 e 1438 c.c.)

l'errore essenziale (artt. 1428 e 1429 c.c.)

l'incapacità delle parti (art. 1425 c.c.)

la violazione del mandato ricevuto in relazione ai poteri demandati agli arbitri (c.d. «eccesso di potere»).

Con riferimento, in particolare, all'errore essenziale che consentirebbe l'impugnazione del lodo irrituale, la nostra Suprema Corte ha avuto modo di precisare che questo deve concretarsi in un vero e proprio “travisamento di fatto”, ossia in un errore revocatorio ex art. 395, n. 4, c.p.c., in pratica in una “*deviazione della formazione della volontà degli arbitri da un'alterata percezione o falsa rappresentazione della realtà e degli elementi di fatto sottoposti al loro esame*” (32).

Al contrario, si ritiene che il lodo irrituale non sia impugnabile né per eventuali vizi relativi alla “*motivazione*” della pronuncia (33), né viepiù per “*errores in iudicando*” (34).

Ancora, sulla scorta di una prevalente giurisprudenza di le-

gittimità, quand'anche il lodo irrituale fosse stato (erroneamente) depositato presso la cancelleria del tribunale e reso esecutivo ai sensi dell'art. 825 c.p.c., non sarebbe comunque ammissibile la sua impugnazione per nullità secondo la disciplina stabilita per il lodo rituale dall'art. 829 c.p.c., mentre risulterebbe esperibile la sola azione per opporre eventuali vizi del negozio, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione (35).

Infine, in un'ottica non condivisibile di “*prevalenza della forma sulla sostanza*”, la nostra Cassazione ha affermato che il mezzo di impugnazione del lodo arbitrale - rituale o irrituale - deve essere concretamente individuato in base alla natura dell'atto concretamente posto in essere dagli arbitri e non del tipo di arbitrato come previsto dalle parti. Di conseguenza, se gli arbitri avessero pronunciato un lodo irrituale nonostante alcune parti sostenessero di avere, in realtà, pattuito una clausola per arbitrato rituale, il lodo medesimo non potrà essere impugnato innanzi alla Corte d'Appello, a norma degli artt. 828 ss. c.p.c., sia pur per far valere il carattere rituale dello stesso, ma dovrà esserlo in base alle norme ordinarie sulla competenza e con l'osservanza del doppio grado di giurisdizione, facendo valere i vizi di manifestazione della volontà negoziale (36).

##### 6. Considerazioni conclusive.

Giunti all'epilogo della nostra trattazione sull'arbitrato irrituale, ci si può allora chiedere se ha ancora senso mantenere questo istituto nel nostro ordinamento e se, pertanto, possa condividersi la scelta attuata dal nostro legislatore del 2006 che all'art. 808 ter c.p.c. ne ha addirittura operato una sorta di “codificazione”.

La risposta non può che essere negativa. Infatti, grazie alle più significative riforme dell'arbitrato del 1983, 1994 e 2006, si sono sostanzialmente dissolti gran parte di quei vantaggi di cui esso poteva inizialmente godere rispetto all'arbitrato rituale e che, come s'è visto sopra, ne hanno determinato la nascita e favorito la diffusione. In particolare:

- sono ormai venute meno l'esperata “*processualizzazione*” e le rigidità formalistiche che caratterizzavano l'arbitrato rituale nel codice di rito del 1865 e ancor più nel testo originario di quello del 1940;
- anche sotto il profilo fiscale, a seguito della riforma del 1994, è ora necessario procedere al deposito del lodo rituale ai sensi dell'art. 825 c.p.c. soltanto per fargli attribuire efficacia esecutiva (c.d. *exequatur*), ma non più per la sua validità e neppure per poterlo impugnare davanti alla Corte d'Appello;
- anche riguardo alla arbitrabilità “attenuata” (37) di alcune controversie, quali quelle previste dall'art. 409 c.p.c., le precedenti limitazioni sono andate decisamente scemando con la riforma del 2006, che ha modificato gli artt. 808 e 806 c.p.c., stabilendo che tali controversie siano deferibili ad arbitri “*solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro*”;
- infine, sempre a seguito della riforma del 2006, che ha modificato il regime dell'impugnazione del lodo rituale per *errores in iudicando* ex art. 829, 3° comma, c.p.c., non si può più fondatamente sostenere che il lodo irrituale goda di una maggiore “stabilità”.

Al contrario, l'arbitrato irrituale conserva tutti quegli svantaggi che ne farebbero legittimamente auspicare la definitiva scomparsa, quali l'impossibilità di attribuire al lodo



irrituale efficacia esecutiva ex art. 825 c.p.c. Dal che consegue che, in caso di inadempimento del soccombente alle sue statuzioni, la parte vittoriosa dovrà intraprendere un'azione giudiziale davanti al giudice di primo grado, eventualmente mediante un procedimento d'ingiunzione, al fine di ottenere un titolo giudiziale di condanna.

Non solo. L'istituto dell'arbitrato libero offre assai minori garanzie giurisdizionali tanto alle parti del procedimento quanto agli stessi arbitri.

Con riguardo alle prime, non può non stigmatizzarsi *in primis* che, secondo l'insegnamento della nostra giurisprudenza di legittimità, le disposizioni in materia di ricusazione degli arbitri dettate per l'arbitrato rituale dall'art. 815 c.p.c. non sono ritenute applicabili anche all'arbitrato libero (38), con la ulteriore conseguenza che “*in difetto di connotato pubblico* di imparzialità dell'arbitro” (39). Va, poi, ricordato come per il lodo irrituale non sia richiesta necessariamente la motivazione; per cui, a differenza del lodo rituale, questo non è impugnabile per eventuali vizi relativi alla “motivazione” della pronuncia (40).

Infine, la nostra prevalente giurisprudenza considera che agli arbitri irrituali non sarebbe consentito il ricorso al procedimento speciale di liquidazione dei compensi previsto dall'art. 814, 2° comma, c.p.c., dal momento che, secondo l'interprete, questo strumento speciale, finalizzato a far valere davanti al Presidente del Tribunale le pretese creditorie legate all'attività svolta e ad ottenere rapidamente un'ordinanza non impugnabile che costituisce titolo esecutivo, sarebbe disponibile soltanto a favore degli arbitri rituali (41).

#### Note:

(1) L'art. 412-ter c.p.c., intitolato “*arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi*”, prima delle modifiche attuate dall'art. 31, legge 4 novembre 2010 n. 183, dettava infatti una disciplina che delineava una forma di arbitrato a metà strada fra il rituale e l'irrituale, in quanto, pur prevedendo l'impugnabilità del lodo davanti al Tribunale, in funzione del giudice del lavoro, tuttavia disponeva, da una lato, che si trattasse di un giudizio “in unico grado e, dall'altro, che il lodo stesso potesse essere dichiarato esecutivo con decreto previo suo deposito presso la cancelleria del tribunale competente.

(2) Vedi Alpa, *L'arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013, 237 ss.; ID., *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808 ter del codice di procedura civile*, in *Contratto e Impresa*, 2011, 2 ss.

(3) Corte di Cassazione di Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, 45, con nota di Bonfante, *Dei compromessi e lodi fra industriali come vincolativi dei loro rapporti*, in *Foro it.*, 1905, 366.

(4) In dottrina, vedi Carnacini, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1958, 874 ss.; Fazzalari, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459 ss.; Punzi, *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 327 ss.; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, I, 220 ss.

(5) Così, ad esempio, Cass. 1 dicembre 1979, n. 6277; Cass. 16 settembre 1978, n. 5287.

(6) In questo senso, v. Cass. 15 luglio 1957 n. 2775 e, in dottrina, Carnacini, *Arbitrato rituale*, cit., 906; Punzi, *L'arbitrato nel diritto italiano*, cit., 339; ID., *Disegno sistematico*, cit., 221.

(7) Nel testo originario, infatti, il 2° comma dell'art. 808 c.p.c. prevedeva: “*La clausola compromissoria non può essere inserita nei contratti collettivi di lavoro, negli accordi economici o nelle norme equiparate. E' altresì nulla la clausola contenuta in qualunque specie di contratto, con la quale si sottraggono alla competenza dei giudici ordinari le con-*

*troversie indicate nell'articolo 467*”. Modificato prima dall'art. 5 della legge 11 agosto 1973 n. 533, e poi a seguito dell'ulteriore intervento dell'art. 43 del d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, il nuovo art. 806, 2° comma, c.p.c. dispone ora che “*le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro*”.

(8) Vedi, Righetti, *Il procedimento di liquidazione delle avarie comuni*, in *Trattato di diritto marittimo* di G. Righetti, IV, Milano, 1999, 516; Luiso, *Diritto processuale civile*, V, 6° ed., Milano, 2011, 101 ss.

(9) Come evidenziato da Alpa, op. ult. cit., “*l'autonomia delle parti è definita, infatti, come 'potere di disporre dei propri diritti', potere che si esprime mediante modalità 'negoziati', correlate cioè alla espressione della volontà di vincolarsi reciprocamente. Questo vincolo ... è riconosciuto dall'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.) che conferisce ad esso forza 'di legge' ex art. 1372 c.c.*”.

(10) La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, 11-12.

(11) Vedi Punzi, op. ult. cit., 54; cfr. anche Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Bologna, 1998, II, 118 ss.

(12) In argomento, v. diffusamente Galletto, *Il biancosegno*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA e Vigoriti, Torino, 2013, 237 ss.; Punzi, op. ult. cit., 55 ss.

(13) In questo senso, Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1994, 516, nonché la prevalente giurisprudenza, ad esempio, Cass. 5 marzo 1992 n. 2650, in *Riv. arb.*, 1993, 48 con nota di Fazzalari. Secondo Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 10, nota (13), l'esigenza minima di contraddittorio che si impone anche nel “biancosegno” si identificherebbe con l'indicazione all'arbitro dei “*termini della controversia*”, cioè non con una regola procedimentale, ma con un requisito sostanziale del negozi di “*compromesso per arbitrato libero*” inerente alla determinazione o determinabilità del suo oggetto.

(14) Cfr., ad esempio, Ruffini, *Arbitrato (Dir. proc. civ.)*, in *Il Diritto, Enc. Giur. Sole 24 Ore*, Milano, 2007, I, 554; Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 101 ss.; Sassani, *Arbitrato irrituale*, in *Dig. Civ., Disc. Priv., Agg.*, I, Torino, 2007, 112.

(15) Si chiede giustamente Alpa, op. ult. cit., se l'arbitrato costituisca una figura *unitaria* (avendo una essenza processuale) che conosce due modalità espressive, l'una rituale l'altra non rituale, oppure se si possa ancora pensare all'istituto in prospettiva *dualistica*.

(16) La nostra Suprema Corte ha, infatti, riconosciuto la validità di un lodo irrituale ove gli arbitri si sono pronunciati secondo diritto: v., ad esempio, Cass. 1 aprile 2011 n. 7574.

(17) Fazzalari, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 127 ss.

(18) Così PUNZI, op. ult. cit., 75.

(19) Precisa, al riguardo, Punzi, op. ult. cit., 77, che “*quando ... le parti conferiscono ad uno o più terzi non il potere di giudicare e decidere la controversia, bensì di disporre del diritto - con rinunce, con aliquid datum ed aliquid retentum e quindi con poteri transattivi ovvero con poteri conciliativi - siamo fuori dell'area dell'arbitrato*”.

(20) Secondo Cass. 19 agosto 1992 n. 9654, quest'errore si tradurrebbe in una “*deviazione della formazione della volontà degli arbitri da un'alterata percezione o falsa rappresentazione*”

(21) Cass. 8 ottobre 2008, n. 24886. Nello stesso senso, vedi, anche, recentemente Trib. Roma 17 giugno 2013: “*la deduzione dell'esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale non implica una questione di giurisdizione, derivandone, invece, l'improponibilità della domanda per rinuncia all'azione. Ed infatti, mediante l'arbitrato de quo è demandato agli arbitri l'espletamento di un'attività negoziale in sostituzione delle parti e giammai l'esercizio di una funzione di natura giurisdizionale*”.

(22) Vedi Cass. S.U. 5 gennaio 2007 n. 35, secondo cui, in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero, non si può parlare di deroga alla giurisdizione e quindi non si pone una questione di giurisdizione, bensì di merito “*inerente all'accertamento, da effettuare*”.



tuarsi dal giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri, della validità del patto prevedente l'arbitrato estero, che comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera". Nella stessa scia, v. anche Cass. 21 ottobre 2009, n. 22236, ha stabilito che "in presenza di un compromesso o di una clausola compromissoria per arbitrato estero, si pone una questione non di giurisdizione - posto che il 'dictum' arbitrale è un atto di autonomia privata, non esercitando gli arbitri funzioni giurisdizionali - ma di merito, inerente all'accertamento, da parte del giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri di sua determinazione, della validità del patto prevedente l'arbitrato estero, il quale comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera".

(23) In questo senso, vedi anche, recentemente, Appello Roma 7 febbraio 2013, nonché Trib. Roma 17 giugno 2013: "la deduzione dell'esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale non implica una questione di giurisdizione, derivandone, invece, l'improprietà della domanda per rinuncia all'azione. Ed infatti, mediante l'arbitrato de quo è demandato agli arbitri l'espletamento di un'attività negoziale in sostituzione delle parti e giammai l'esercizio di una funzione di natura giurisdizionale". Inoltre, secondo Cass. 4 marzo 2011 n. 5265 "l'improprietà della domanda a causa della previsione d'una clausola compromissoria per arbitrato irrituale è rilevabile non già d'ufficio, ma solo su eccezione della parte interessata". (24) Infatti, secondo Cass. 4 marzo 2011 n. 5265 "l'improprietà della domanda a causa della previsione d'una clausola compromissoria per arbitrato irrituale è rilevabile non già d'ufficio, ma solo su eccezione della parte interessata".

(25) Cass. 29 marzo 1991, n. 3427.

(26) Cass. 4 ottobre 1994, n. 8075. Ad esempio, era stato ritenuto rilevante a favore della natura rituale dell'arbitrato l'uso nella clausola compromissoria di espressioni proprie del procedimento giurisdizionale, quali espressioni terminologiche congruenti con l'attività del "giudicare" e con il risultato di un "giudizio" in ordine ad una controversia: vedi Cass. 1 febbraio 1999, n. 833; Cass. 14 aprile 1992, n. 4528.

(27) Cass. 22 maggio 1999, n. 4977; Cass. 21 maggio 1999, n. 5954.

(28) Così, Cass. 23 giugno 1998, n. 6248; nello stesso senso, v. anche Cass. 17 giugno 1993, n. 6757. *Contra*, invece, Cass. 1 febbraio 1999, n. 833, che precisa, quantunque in un *obiter dictum*, che "l'arbitrato libero non ha la minore incisività derogatoria che ad essa era iscritta prima della evoluzione dogmatica e normativa dell'istituto", ma è anzi caratterizzato da una maggiore incisività derogatoria in quanto la sua scelta ad opera delle parti esclude del tutto la *potestas iudicandi* del giudice statuale.

(29) Vedi, ad esempio, Cass. 5 settembre 1992 n. 10240.

(30) Così, Cass. 12 settembre 2011 n. 18679.

(31) Secondo Cass. 18 settembre 2001 n. 11678, la violazione del principio del contraddittorio si risolverebbe in un "abuso di mandato". Vedi, anche, App. Roma 12 luglio 2011, a detta della quale "nell'arbitrato irrituale, il contraddittorio delle parti si realizza assicurando alle stesse le possibilità di svolgere l'attività assertiva e deduttiva, in qualsiasi modo e tempo, sulle questioni oggetto del contendere, ovvero in relazione agli elementi utilizzati dall'arbitro per giungere alla sua pronuncia".

(32) Così, ad esempio, Cass. 19 agosto 1992 n. 9654. Cfr. anche Cass. 29 maggio 2013 n. 12418: "il lodo nell'arbitrato irrituale può essere impugnato per errore essenziale esclusivamente nell'ipotesi in cui la formazione della volontà degli arbitri sia stata deviata da un'alterata percezione o da una falsa rappresentazione della realtà e degli elementi di fatto sottoposti al loro esame, e non anche quando la violazione attenga alla valutazione di una realtà i cui elementi siano stati esattamente percepiti".

(33) Vedi, Trib. Milano 27 settembre 2013: "il vizio di motivazione è un motivo di nullità ex art. 829, comma 1, c.p.c. previsto per l'arbitrato

rituale che non rientra tra quelli deducibili come motivi di impugnazione dei lodi irrituali. Ed infatti questi ultimi possono essere oggetto di gravame solo mediante le impugnative di natura negoziale, vale a dire per violenza, dolo, incapacità delle parti o degli arbitri, errore essenziale e violazione del mandato ricevuto in relazione ai poteri demandati agli arbitri".

(34) In questo senso, Tribunale Milano 27 settembre 2013: "il lodo emesso in relazione all'arbitrato irrituale non è censurabile per *errores in iudicando*, neppure ove questi consistano in un'erronea interpretazione dello stesso contratto stipulato dalle parti e da cui ha avuto origine il mandato agli arbitri".

(35) Cassazione 31 ottobre 2013 n. 24552: "poiché nell'arbitrato irrituale le parti intendono affidare all'arbitro la soluzione di una controversia mediante uno strumento strettamente negoziale ... non è ammissibile l'impugnazione per nullità di un lodo, ancorché il provvedimento sia stato depositato e reso esecutivo ai sensi dell'art. 825 c.p.c., mentre è legittimamente esperibile la sola azione per eventuali vizi del negozio, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione".

(36) In questo senso, v. Cassazione 8 novembre 2013 n. 25258. Vedi anche, nell'ipotesi speculare, Cass. 24 marzo 2013 n. 6482 e Trib. Milano 11 ottobre 2012, secondo cui "ove gli arbitri abbiano ritenuto la natura rituale dell'arbitrato, ed abbiano pertanto provveduto nelle forme di cui all'art. 816 c.p.c. e ss., l'impugnazione del lodo, anche se diretta a far valere la natura irrituale dell'arbitrato e i conseguenti "errores in procedendo" commessi dagli arbitri, va proposta davanti alla corte d'appello ai sensi dell'art. 827 c.p.c. e ss., e non nei modi propri dell'impugnazione del lodo irrituale, ossia davanti al giudice ordinariamente competente". Ancora, secondo Cass. 4 settembre 2012 n. 14788, il giudice d'appello può giudicare sulla validità del lodo in sede di impugnazione ex art. 828 c.p.c. soltanto se si tratta di un lodo rituale, mentre non è ammissibile una tale impugnazione in presenza di un lodo irrituale e ciò anche se si propone l'impugnazione del lodo allegando la nullità della clausola compromissoria.

(37) Così La China, L'arbitrato ..., cit., 47.

(38) Cass. 13 giugno 2002 n. 8472.

(39) Cass. 25 giugno 2005 n. 13701.

(40) Vedi sopra nota (33).

(41) In merito, v. Cass. 16 maggio 1997 n. 4347.



## *Educazione giuridica e università*

**Enrico Zanelli**

Professore emerito dell'Università di Genova

E' da ritenersi che non si vada lontano dal vero se si afferma che almeno gran parte degli avvocati condividono un'opinione non positiva del contributo che alla loro formazione ha dato l'università. L'apprendimento della professione soprattutto o forse esclusivamente sul campo costituisce un percorso di per sé molto apprezzabile ma mette inevitabilmente in evidenza le carenze del percorso universitario.

E' naturalmente possibile trattare il tema dell'educazione giuridica in quanto tale, ovvero nell'ottica complessiva di tutti i passaggi (fra cui quelli sopra ricordati, ma anche molti altri ricavabili dalla vita quotidiana) ritenuti necessari od utili ai fini della formazione degli operatori giuridici impegnati nelle varie professioni legali: avvocati, magistrati, notai, consulenti, docenti e ricercatori. Tale impostazione sarebbe certamente valida e di sicuro interesse.

Un più specifico campo di analisi può limitarsi tuttavia a quel rapporto centrale che collega la formazione di qualsiasi operatore del diritto al ruolo d'altronde immancabile dell'università in quella sua articolazione rappresentata dalle Facoltà di Giurisprudenza o, come oggi avviene, dai Dipartimenti di Giurisprudenza combinati con altre discipline.

Questione problematica che si affaccia in tal caso riguarda l'opportunità o la stessa possibilità di affrontare tale analisi come tema particolare o sotto-tema rispetto alla riforma complessiva dell'università, che in effetti richiede un radicale rinnovamento relativo all'ordinamento universitario nel suo complesso, o piuttosto a quello del sistema dell'istruzione superiore anche a livelli differenziati.

Tale approccio muove da un'ipotesi di miglioramento dell'educazione giuridica portando le relative istanze per il loro accoglimento ad un'università che, nelle condizioni attuali, possa recepirle con riguardo allo specifico settore. Sarebbe come attendersi che gli arti possano migliorare la propria funzionalità rivolgendosi al collegato settore del cervello se è il cervello nel suo complesso che non funziona. (Di più: non è con una serie di cosiddette riforme universitarie nell'ambito dell'attuale sistema napoleonico ma solo con il suo abbandono a favore di altro sistema radicalmente alternativo di libero mercato che si potrà uscire dal degrado che i nostri atenei subiscono da decenni, questo peraltro è ragionamento sarà sviluppato gradualmente nel prosieguo).

Accantonando dunque per il momento queste anticipazioni, il punto di partenza del discorso resta costituito dalle iniziative individuali (con libri, saggi ed articoli) o collettive (attraverso convegni e dibattiti pubblici) che ragionano in termini di esigenze settoriali del mondo del diritto da presentare come innovazioni da apportare al mondo dell'università, inevitabilmente in quanto tali incardinate nell'ambito delle strutture destinate dagli atenei a insegnamento e ricerca attinenti le discipline giuridiche (anche in senso lato: economiche, sociologiche ecc.). Un esempio particolarmente significativo di iniziative così concepite si riscontra in un recente Convegno organizzato a Genova da Giovanna Visintini (già Preside della Facoltà di Giurisprudenza) cui erano chiamati come relatori esclusivamente giuristi accademici, fra cui Pietro Rescigno e il Rettore dell'Università di Torino, Gianmario Ajani, ordinario di Diritto Comparato.

Non si può che rallegrarsi dello spazio così offerto ad un dibat-

tito tanto qualificato sul piano culturale. Invece sul piano della finalità che con l'occasione ci si proponeva di realizzare, ovvero un contributo alle esigenze riformatrici unanimemente evidenziate con toni più o meno critici (ma anche spesso pateticamente difensivi delle caratteristiche di fondo dell'ordinamento italiano tradizionale) va detto che l'approccio è da considerarsi radicalmente inidoneo ed i conseguenti pronunciamenti largamente irrilevanti quanto all'incidenza su una "controparte" università fisiologicamente incapace di recepirli.

Negli ambienti accademici italiani, e forse soprattutto in quelli giuridici e umanistici in genere - dato che gli scienziati hanno maggior senso pratico e capacità di analisi - vi è chi pur sempre rivendica, con abuso di memoria identitaria, il cuore pulsante della gloriosa tradizione dello *Studium* (Bologna, Padova, Pavia?) e dei suoi docenti (Irnerio, Galileo, Vesalio?); vi è chi denuncia il degrado delle strutture, lo scadimento dei docenti, l'incontrollabilità delle sedi autonome e l'insufficiente delle risorse come se queste ovvie doglianze fornissero di per sé indicazioni progettuali concrete; vi è chi avanza proposte migliorative che in quanto tali potrebbero talvolta essere apprezzabili (pur riguardando quasi sempre il regime dei concorsi a cattedra o il disagio del precariato, nonché la distribuzione e la denominazione dei dipartimenti) ma di significato così marginale da lasciare immutate le condizioni di fondo ossia l'impianto complessivo del sistema, come avviene da decenni senza che nessuno sembri avvertire la vacuità di questi rattroppi rispetto ad una evoluzione che ci porti ai primi posti nelle classifiche mondiali (come avviene non solo per gli Stati Uniti ma anche per taluni paesi emergenti) anziché al centocinquantesimo posto in graduatoria quando ci si riferisca alla "migliore" fra le nostre università.

Tutto questo significa - senza perderci in eufemismi - contemplarsi l'ombelico restando totalmente ingabbiati nel sistema tolemaico-napoleonico che regge immutato dalla legge Casati del 1860.

Cosa è che non funziona nell'ordinamento universitario italiano, o meglio cosa impedisce a qualsiasi (cosiddetta) riforma velleitariamente migliorativa di apportare un qualsiasi beneficio complessivo, o anche soltanto parziale ("ci vuole poco") ad un assetto che scoraggia i talenti migliori, che pure ci sono e si affermano all'estero, produce un numero irrisorio di laureati idonei per il mercato anche culturale e di cui insomma dovremmo vergognarci anziché arzigogolare su singoli benemeriti sussulti di rettori e direttori di dipartimento o sui successi dei "punti di eccellenza"?

Per restare ancora, molto brevemente, sul rapporto fra educazione giuridica e università, si pensi che alla trovata nominalistica dei dipartimenti si contrappone la circostanza che negli Stati Uniti (da cui abbiamo mutuato il termine in totale ignoranza del suo significato originario) la strutturazione in dipartimenti attiene pressoché esclusivamente al solo *college*, mentre al livello superiore *graduate* la classica Facoltà di Giurisprudenza o *Law School* è sempre rimasta tale nel suo splendido isolamento ed è da questa istituzione che esce prevalentemente l'apice di una classe dirigente del paese altamente qualificata per i compiti che la attendono (non escludendo, naturalmente, le singole *defaillances*). Il cahier di proposte che può comunque uscire da un dibattito pianificato esclusivamente fra giuristi non può che realizzare risultati ancor meno produttivi di un consimile sforzo cui si dedicassero accademici dei settori scientifici, alquanto più pragmatici nel concentrarsi sulle questioni relative alla disponibilità di laboratori, macchinari, microscopi, telescopi e batiscafi. Senza configurare rattroppi dell'ordinamento.

Dunque il primo passaggio esaminato dalla presente analisi ci ha portato solo a stabilire che innesti frammentari relativi a parti-



colari esigenze dell'educazione giuridica non solo non ne migliorerebbero le condizioni di fondo ma potrebbero persino costituire un alibi per non identificare e dissodare il terreno paludos che rende immutabilmente arcaico il nostro sistema universitario, che d'altronde bisogna concludere alla fine risulti comodo per le sue lamentose componenti, dai rettori agli studenti fuori corso.

Anche per considerare l'ipotesi di riforme complessive, valide per tutti i settori e tutte le discipline (che costituirebbe il secondo passaggio da prendere in esame) non risulta tuttavia che si possa operare costruttivamente all'interno del sistema - come viene sempre fatto - con innesti singolarmente "migliorativi" senza accorgersi che il sistema non è tale da giovarsi di emendamenti anche ben intenzionati ma deve essere abbandonato con un'operazione di sostituzione comportante un sistema alternativo. Come per quasi tutte le componenti del quadro economico e sociale nel mondo contemporaneo delle democrazie avanzate l'alternativa si pone essenzialmente tra strutture ispirate nella migliore delle ipotesi a principi di economia sociale (quando non costruite grossolanamente solo sull'utilizzazione di bardature dirigistica-burocratiche) e strutture coerenti con un'economia di mercato. (Ancorché interessante, risulterebbe fuori luogo in questa sede un *excursus* di natura sociologica sulla radicata propensione degli italiani a privilegiare il 2pubblico" - ritenuto per definizione più equo ed altruistico - rispetto al "privato" - sicuramente ispirato a motivi e interessi egoistici. La dimostrazione, constatabile da decenni, che la libertà d'azione e le scelte razionali del macellaio egoista di Adam Smith forniscono più carne a tutti e contribuiscono più efficacemente al benessere generale con regole che assicurino la funzionalità del sistema correggendo le storture, difficilmente viene recepita e accettata in tutte le sua implicazioni da chi sin da bambino in famiglia, a scuola, in parrocchia, sulla stampa e alla televisione viene educato ai buoni sentimenti della solidarietà, che per fortuna hanno un loro ruolo fino a quando non entrano in conflitto con una realistica valutazione della congruenza, apparente ma illusoria, di quell'impostazione con la realizzazione dei più nobili fini perseguiti. In questa sorta di educazione dei sentimenti anche la sterminata schiera dei moderati italiani è tutta socialista. Va anche detto, peraltro, che non hanno giovato ad una visione liberale alcune scalinate privatizzazioni o semi-privatizzazioni elargite al mercato da svariati governi).

Cosà non si trova in Italia né un uomo della strada né un accademico che non pensi alle università — o al servizio televisivo, o al trasporto locale o alla compagnia aerea di bandiera - tutte cose che notoriamente funzionano in genere malissimo - come a luoghi deputati a essere esclusivamente istituzioni pubbliche. Allo stato delle cose nel nostro settore ciò è d'altronde malinconicamente vero, anche per le cosiddette università private, sottoposte a regolamentazioni che le parificano a quelle statuali, comprese ormai, come viene reclamizzato, alcune "università" telematiche che in un regime di convalidazione da parte degli organismi ministeriale competenti finiscono oggi per rappresentare inquinamenti inaccettabili in qualsiasi sistema, con equiparazioni garantite indipendentemente da qualsiasi serio parametro, ma tuttavia sempre all'insegna dei tutoli di studio riconosciuti con valore legale. Laddove l'attività di insegnamento di queste stesse università telematiche, senza il suggello e l'orpello dei timbri ministeriali, sarebbe libera e lecita nei confronti di chi volesse comunque avvalersene, sempre che ne fossero state reclamizzate in modo veritiero le caratteristiche dei corsi e dei diplomi conseguiti con una propria utilità e "validità" di fatto.

Siamo così giunti al terzo passaggio cruciale, che esclude qualsiasi razionalità di quel secondo passaggio che, secondo l'atteg-

giamento prevalente, anzi sinora assorbente, ha da sempre operato ed opera tuttora innestando proposte minimali (anche se ritenute essenziali, quando non storiche, come le risibili varianti periodiche alla disciplina dei concorsi a cattedra). Sul sistema codificato dalla legge Casati e perpetuato sino alla "riforma" Gelmini del 2010, che è solo l'ultima, sinora, di una lunga serie di varianti senza capo né coda introdotte da ogni ministro di turno: compreso, per la verità, il più dotto Giovanni Gentile padre di quella università di *élite* sconvolta dall'inevitabile e doverosa massificazione di fatto coessenziale all'ordinamento democratico dal dopoguerra ad oggi, ma non accompagnata da alcun adeguamento di strutture, se non di infimo ordine, materiali e didattiche.

Nessuno, ad onta dei frequenti soggiorni all'estero di accademici e altri addetti ai lavori, sembra aver oltrepassato i traguardi di un turismo poco istruttivo per riportare in Italia esperienze non addomesticate ma tese a riprodurre nella loro ispirazione di fondo, culturale, organizzativa e coerente con una società aperta, ordinamenti radicalmente diversi dal nostro e paleamente superiori al nostro per la funzione sociale ed i risultati così conseguiti e conseguibili. Per ottusità campanilistica (non del tutto disinteressata) si è preferito continuare ad adeguarsi con i più diversi alibi, soprattutto retorici, ad un sistema tolemaico evitando di riconoscere l'esistenza e la verità di un sistema copernicano. Naturalmente vi è anche chi ha visto l'universo come Galileo, ma si tratta di quegli studiosi e ricercatori che hanno avuto l'accortezza di restare all'estero.

Soprattutto le cosiddette autorità accademiche si sono assunte l'onere di conciliare ogni brezza riformista con la deliberata volontà di ristagnare nella palude. Non casualmente, negli ultimi tre governi, compreso l'attuale, l'incarico di Ministro dell'Università è stato assegnato a tre Rettori. Che sarebbe come affidare a Totò Riina la Direzione Nazionale Antimafia in considerazione della sua conoscenza del settore (Va da sé che l'icastico paragone si riferisce esclusivamente all'ipotesi di una scelta sbagliata per un qualsiasi incarico ed a nessun'altra similitudine o circostanza). E' ovvio che la presente analisi, ripudiando i palliativi ed auspicando che la riforma dell'università assuma il carattere radicale dell'abbandono del nostro sistema e dell'adozione di un ordinamento non statuale-napoleonico bensì liberale abbia come punto di riferimento essenzialmente l'ordinamento dell'istruzione superiore negli Stati Uniti che, almeno negli ultimi decenni e certo ancora attualmente, si presenta come il paradigma insuperato per reputazione culturale e rispondenza alle esigenze socio-economiche di un paese industriale e post-industriale, non solo con l'evocazione di Harvard, Yale, Princeton, M.I.T. e la leggendaria *Ivy League* nel suo complesso, ma anche considerando l'estremissima rete dei *colleges* di ogni livello (dai più prestigiosi ai più modesti e tuttavia adeguati ai vari modelli di formazione assicurati da ciascuno di essi). E vale la pena di aggiungere che già il nostro insigne studioso e servitore dello Stato Luigi Einaudi in una lettera indirizzata sessant'anni or sono a chi scrive queste righe si "compiaceva" di constatare simili alle proprie le "impressioni" di un giovane laureato in Italia e negli Stati Uniti quanto ai vantaggi di quel sistema rispetto al nostro: ma concludeva che a dire queste cose sembrava si dicessero delle "eresie" (1956). Il tema era stato da lui svolto esemplarmente nella prima delle sue celebri "Prediche inutili" regolarmente inascoltate. Così siamo giunti alla situazione attuale..

Tuttavia, non è certo necessario, come si potrebbe arguire dalle precedenti asserzioni, stravolgere il nostro impianto basato sulla *consecutio* liceo(o altra scuola media superiore)-università per adottare dopo secoli l'impianto anglo-americano centrato essenzialmente sul *college* a 17 anni, che assorbe in tutte le sue ar-



ticolazioni le esigenze di cultura generale e primo orientamento professionale oltre che di socializzazione con la convivenza nel campus, con il seguito solo eventuale, anche se sempre più frequente, dell'ulteriore formazione specialistica o di alta cultura nelle *graduate schools* (fra cui appunto i corsi triennali delle *Law Schools*) con il conseguimento di diplomi di master e molto più raramente di Ph.D (niente meno che "dottori in filosofia" nell'antico significato universale), primo passo, in alcuni casi, verso la costellazione dei Nobel. Fermo restando che negli Stati Uniti, oltre ai medici, solo i Ph.D. sono chiamati "dottori".

L'introduzione *ex novo* in Italia di un simile impianto non è prevedibile, almeno nei prossimi cinquant'anni, ma non è affatto necessaria per ottenere comunque i risultati essenziali di un rinnovamento della nostra università che conseguirebbe dall'abbattimento della gabbia statuale-napoleonica ottenuto con la semplice abolizione del valore legale dei titoli di studio. Il solo pensiero di questa traumatica innovazione sul corpo antico delle paternalistiche garanzie di tutta la nostra storia terrorizza tutti coloro che vivono di certezze immutabili anziché di alternative tanto più migliorative quanto più ragionate in termini di esperienze verificabili in altre galassie oltre che - per contrasto - nella nostra. Occorre avere il massimo rispetto per chi, in termini di comportamento da buon padre di famiglia, teme che il mancato suggello di un titolo garantito nel suo valore dallo Stato possa costituire l'ultimo passaggio verso il degrado definitivo dell'istruzione pubblica. E considerando inoltre che, come si vedrà subito, l'abolizione del valore legale dei titoli di studio comporterebbe automaticamente anche l'abolizione dei concorsi a cattedra, lo sconcerto per il venir meno anche di questa che si presume essere la garanzia per antonomasia sarebbe tanto più profondo quanto più apparentemente ragionevole.

Si potrebbe forse altrettanto ragionevolmente pensare che al superamento di queste perplessità dovrebbe bastare la sola contemplazione di una realtà che tutti unanimemente lamentano (contraddittoriamente o come mero alibi) sia sul piano dell'inadeguatezza della nostra istituzione universitaria rispetto alle esigenze della società civile e della nazione sia sul piano dell'ingenua farsa costituita da sempre dai concorsi a cattedra, quanto meno superflui se si tratta di riconoscere i migliori ma sempre e comunque pilotati da altri criteri (senza troppo fastidio da parte di chi li ha vinti).

Ma non è negli ovvi difetti del sistema (che si "potrebbero" eliminare con "poco" sforzo) che va cercata la giustificazione dell'alternativa radicale costituita dall'unica e semplice operazione taumaturgica dell'abolizione del valore legale dei titoli di studio. Essa può e deve essere illustrata, riconosciuta e motivata in positivo con l'analisi della sua natura, del suo meccanismo e degli effetti che in concreto ne deriverebbero con consequenzialità logica indipendentemente da ogni premessa ideologica o convenienza o finalità particolare.

D'altronde, tutti sono consapevoli ormai che del valore legale di un qualsiasi titolo di studio nessuno tiene più conto nel mercato delle idee oltre che in quello economico. Che la laurea rilasciata da una qualsiasi università italiana non abbia lo stesso valore di quella rilasciata da una qualsiasi altra università è di tutta evidenza e chiunque debba valutare un laureato per un'assunzione o un incarico si basa già oggi su più specifici riferimenti alla reputazione dell'ateneo di provenienza e quindi sull'attendibilità del curriculum di studi e dei voti riportati ecc., oltre che sulle caratteristiche personali. Il "pezzo di carta" riconosciuto dallo Stato ha sostanzialmente un valore limitato ai parametri richiesti in sede di concorsi pubblici. Potrebbe quindi sembrare che l'intera questione sia ormai di limitato interesse e superata dalle prassi adottate in concreto nelle procedure selettive almeno nel settore privato. In realtà l'impatto della mera esistenza del valore legale di tutti

i titoli di studio investe l'intero complesso non solo della pubblica amministrazione ma anche del mercato ed è tuttora l'architrave del nostro ordinamento socio-economico, culturale e professionale. La chiave, posseduta dallo Stato, della gabbia in cui sono rinchiusi tutte le istituzioni universitarie, comprese quelle private, comporta il regime legislativo da cui dipendono l'assetto della formazione dei cittadini, l'accesso all'insegnamento, la rigidità della rete (insufficiente) degli atenei, il numero (insufficiente) di laureati in costante flessione, la mancata differenziazione delle specializzazioni didattiche in funzione dei diversi livelli richiesti di specializzazioni scientifiche e professionali. Va chiarito subito che negli ultimi anni si sono avuti sviluppi sotto le due etichette dell'autonomia e dispersione delle sedi universitarie e dell'intitolazione di stravaganti discipline e corsi di laurea: sviluppi peraltro sgangherati, che richiederebbero un discorso a sé che d'altronde ho già svolto in altra sede. E' solo il caso di sottolineare l'eventualità, già prospettatasi, che queste forme di "liberalizzazione" di comodo finiscano per riprodurre le forme, anche legislative, del passaggio dal monopolio televisivo al vigente regime consociativo di infimo livello delle televisioni generaliste che si sono scambiate i peggiori difetti del pubblico e del privato.

L'abolizione, correttamente concepita e realizzata, del valore legale dei titoli di studio avrebbe conseguenze epocali sull'estensione e la flessibilità dell'istruzione pubblica come componente essenziale di una società aperta e democratica. Significherebbe che ogni iniziativa, statuale o privata, sarebbe libera di gestire a proprio giudizio ed in concreta concorrenza con ogni altro gestore i contenuti e la qualità del proprio insegnamento, e così dei relativi costi, rilasciando diplomi il cui solo valore sarebbe quello determinato dal giudizio del mercato (sia culturale che economico), anche in relazione alle proprie esigenze specifiche, così come ogni prodotto sugli scaffali di un supermercato ha una qualità e un prezzo che finiscono per corrispondere, con la loro varietà, ai bisogni di ciascuno e di tutta la collettività.. Siamo dunque ben al di là del superamento dell'intoppo burocratico consistente nel pezzo di carta indispensabile per i concorsi pubblici, per aprire invece, sulla base di una filosofia interamente rinnovata, alla concezione di un sistema di istruzione e formazione variegato (rompendo anche certi pregiudizi culturali che alcuni di noi si portano dietro dal liceo e dalla maturità - meno, per fortuna, ma anche dagli istituti per ragionieri e geometri; tutti gli italiani pensano che una persona di media cultura debba conoscere la capitale del Portogallo, nozione in sé assolutamente inutile, cui andrebbe preferita l'acquisizione di essenziali elementi di logica e se possibile anche di etica, nonché della capacità di utilizzare ogni strumento di ricerca).

Come negli Stati Uniti da Harvard a un *college* dello Iowa a una scuola di danza del ventre nel New Jersey ogni centro di qualsiasi tipo di istruzione rilascia un proprio diploma variamente valorizzato da chi ritenga di trarne un elemento di giudizio, anche in Italia - pur volendo riferirci solo alle università - lo specifico di ogni istituzione dovrà passare non per il vaglio dello Stato ma per il processo di accettazione diffusa del proprio prodotto in regime di concorrenza. Con l'ultimo corollario quanto alla sparizione incidentalmente consequenziale delle procedure concorsuali coatte: è evidente che nel nuovo quadro liberalizzato ogni istituzione sceglierà attraverso i propri organi e con le procedure ritenute più opportune di assumere quel personale docente più rispondente all'interesse dell'istituzione stessa a presentarsi con la migliore immagine possibile in termini di prestigio culturale e didattico rispetto ai più diretti concorrenti I concorsi? Come tanti altri fatti della vita non sarebbero vietati ma costituirebbero una scelta capricciosamente opzionale.



# Recensioni e segnalazioni

## *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparistica*

DI ANDREA FUSARO

*Giappichelli, 2015, XIV-577*

1. Il volume raccoglie saggi, apparsi negli anni su varie riviste giuridiche, frutto di studi che riflettono gli interessi via via coltivati. La selezione operata per la pubblicazione è stata guidata dal criterio della comune attenzione nei confronti del versante privatistico; per agevolarne la consultazione essi sono stati disposti secondo l'ordine in cui le materie si trovano collocate nei codici civili della tradizione franco-germanica ed in particolare in quello italiano.

La prospettiva comparistica fornisce apporti diversi all'analisi dei singoli temi.

Nel saggio di apertura, dove sono immaginate le difficoltà incontrate dallo straniero che viene a contatto con le nostre regole giuridiche, affiora la vocazione della comparazione quale strumento di mediazione culturale, in grado di far dialogare persone provenienti da mondi assai distanti, di mettere in contatto linguaggi e mentalità all'apparenza tra loro inconciliabili (1). In quello successivo, il resoconto dell'analisi rivolta a una pluralità di ordinamenti non solo smentisce il luogo comune che assegna al nostro la massima tolleranza nei confronti della gogna mediatica, ma soprattutto conduce a ridimensionare la retorica del primato dei diritti della personalità, mostrando come nei fatti risultino spesso postergati a quello all'informazione.

Gli studi dedicati agli enti non lucrativi, al regime patrimoniale della famiglia, al diritto successorio riannodano il regime italiano vigente alle radici - essenzialmente francesi - e danno conto dell'evolvere delle regole nei rispettivi sistemi, mostrandone coincidenze e divergenze, suggerendo poi precise chiavi di lettura nei confronti delle matrici delle proposte formulate dal laboratorio europeo. Similmente sono costruiti i saggi in tema di garanzie reali, dove sono tratteggiate le peculiarità di alcuni modelli tedeschi tenute presenti sia nell'elaborazione di nuovi strumenti sia nell'aggiornamento della fisionomia di quelli esistenti.

Lo sguardo gettato sugli ordinamenti di common law porta allo scoperto frequenti sintonie culturali sottostanti a diversificazioni tecniche, che consentono di dar conto di soluzioni operative convergenti con quelle europee continentali (esemplare la vicenda dei contratti prematrimoniali tedeschi e americani). Emerge, del resto, con chiarezza come lo studio della proprietà e del contratto nei diversi contesti non possa prescindere dall'evocazione delle rispettive matrici, dal riepilogo degli itinerari compiuti da concetti e categorie: tra le tante conferme, alcune perspicue provengono dal settore dei diritti reali di godimento e dal confronto tra *causa* e *consideration*.

Lo scandaglio dell'organizzazione delle professioni legali nei vari ordinamenti consente, per un verso, di smentire false credenze (spicca quella che liquida il Notariato come singularità italiana), per altro, in specie attraverso il confronto tra *common law* e *civil law*, di registrare la condivisa preoc-

cupazione nei confronti della deriva mercantilistica dell'attività forense, contrastata attraverso mezzi bensì variegati, ma accomunati dagli intendimenti.

2. La selezione è stata composta a fini didattici, quale lettura destinata ad affiancarsi ai principali manuali di sistemi giuridici comparati (2), ampliando l'offerta dei volumi incentrati sul diritto privato (3), per allargare la conoscenza circa l'atteggiarsi delle regole, l'individuazione dei modelli che le ispirano ed arricchiscono, ed in pari tempo per fornire un apporto culturale ulteriore. Invero, l'approfondimento di singoli temi giustifica la diffidenza nei confronti dei discorsi rivolti agli ordinamenti in maniera comprensiva, che indebitamente vengono a celare l'inevitabile segmentazione interna, che invece impone considerazioni formulate con riferimento alle singole componenti.

3. I saggi riuniti nel presente volume ripropongono, poi, il dialogo tra comparatisti e civilisti, tema senz'altro interessante sia per la storia della cultura giuridica italiana (4), sia per la riflessione circa la costruzione dei settori scientifico-disciplinari. In ordine a quest'ultimo aspetto notoriamente si contrappongono due modelli. Quello tedesco collega le discipline che si appoggiano al versante privatistico, in questo modo affiancando al diritto civile e commerciale il diritto internazionale privato e pure il comparato. Diversa è la scelta privilegiata dai nostri decreti ministeriali, ove la comparazione è assunta quale elemento unificante e si trovano aggregate su tale base le materie che la condividono; nondimeno al corso di sistemi giuridici comparati sono assegnati i fondamenti della materia, poi l'approfondimento dei risvolti privatistici, come emerge dalla commutabilità dell'etichetta con quella di Diritto privato comparato, effettivamente prescelta in molti Atenei.

Suggerire queste letture agli studenti mira anche e soprattutto a valorizzare tale indicazione, offrendo una prima occasione di rivasitazione del diritto privato, studiato in modo istituzionale al primo anno, gettando un ponte rispetto agli approfondimenti settoriali dei successivi corsi di diritto civile.

### Note:

(1) Doveroso il rinvio a Gambaro, Monateri e Sacco, *Comparazione giuridica*, in *Digesto civ.*, vol. III, Utet, Torino, 1988, 48 ss.; M. Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p.441 ss.

(2) Si segnalano Ajani e Pasa, *Diritto comparato - Casi e materiali*, Torino, 2013; Barsotti e Varano, *La tradizione giuridica occidentale. Volume I. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2014; Gambaro e Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2009; Guarneri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, 2014; Portale, *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, estratto da *Lezioni di Diritto privato comparato*, Torino, 2011; Zweigert e Kotz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Milano, 1992.

(3) Alpa, Bonell, Corapi, Moccia, Zeno-Zencovich, Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza.

(4) Esso ha iniziato ad essere affrontato da Graziadei, *Diritto civile e comparazione giuridica*, inserito nel volume curato da Perlingieri, Taglia Polcini, *Novecento giuridico: I civilisti*, Napoli, 2013, p. 317 ss..



## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Sentenze e ordinanze

Tar Liguria, sez. I, sent. 19 maggio 2014, n. 787 - Pres. Balba - Est. Vitali - Comune di Spezia (Avv. Bormioli) c. Ministero per i beni e le attività culturali.

Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 12 febbraio 2015, n. 769 - Pres. Barra Caracciolo - Est. De Felice - Onlus Associazione Verdi Ambiente e Società - Vas (Avv. ti Granara e Tedeschini) c. Comune di La Spezia (Avv. ti Bormioli, Carrabba, Corbyons, Pellegrino) e c. Ministero per i beni e le attività culturali, Legambiente onlus (Avv. Sommavigo) e c. Associazione Italia Nostra onlus (Avv. Tortorelli).

### ATTO AMMINISTRATIVO - tweet del Ministro - inimpugnabilità per inconsistenza - sintomo di eccesso di potere per sviamento - ravvisabilità.

*Non è suscettibile di annullamento giurisdizionale il tweet emesso dal Ministro in quanto non attinge al livello di atto amministrativo, potendo esso costituire, al più, sintomo di un eccesso di potere per sviamento (1)*

#### (1) Twitter: *quid iuris?*

1. Al fine di riqualificare la centrale Piazza Verdi, il Comune di La Spezia approvava un progetto che prevedeva, tra le altre cose, l'abbattimento del filare di alberi che si colloca al centro della piazza stessa. Avendo la piazza in questione più di settant'anni (e ricadendo così nella categoria dei beni culturali), il Comune chiedeva la necessaria autorizzazione alla Soprintendenza, che veniva rilasciata reputandosi che i lavori avrebbero contribuito ad un miglioramento complessivo dei luoghi. Subito dopo la stipula del contratto e ancora prima della consegna dei lavori, si sviluppavano però forti polemiche (con risalto anche sulla stampa locale) a causa del previsto abbattimento del filare di pini marittimi.

Siffatto risalto mediatico provocava l'intervento del Ministro della Cultura che con un *tweet* anticipava la richiesta al Comune di sospendere i lavori in attesa del compimento della verifica del progetto da parte del Ministero.

All'inconsueta (date la forma adottata) presa di posizione del Ministro, seguiva un'altrettanto inconsueta (nei tempi) reazione degli Uffici periferici del Ministero che sollecitavano ancora il Comune ad avviare il procedimento di verifica dell'interesse culturale. Venivano pertanto emessi due provvedimenti poi impugnati nel ricorso dinanzi al tribunale amministrativo: dapprima, il decreto della Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici della Liguria con cui si dichiarava l'interesse culturale della piazza e del filare alberato (quale elemento riconducibile all'originario impianto degli anni trenta del XX secolo) e, in seguito (e conseguentemente), il provvedimento della Soprintendenza che annullava d'ufficio in via di autotutela la precedente autorizzazione già rilasciata. Tali provvedimenti sono stati annullati dal Tar Liguria con sentenza confermata in appello dal Consiglio di Stato.

L'interesse peculiare della vicenda, al di là dei profili più "tradizionali" di diritto amministrativo, nasce dalla soluzione offerta al problema della qualificazione giuridica del surriferito "cinguetto" del Ministro, che ha avviato i successivi accertamenti dell'amministrazione sfociati in provvedimenti di segno opposto a quelli in precedenza adottati (1).

Il Comune di La Spezia aveva infatti, tra l'altro, chiesto l'annullamento del *tweet*, ritenendolo, insieme alle dichiarazioni rilasciate a mezzo stampa, un'inammissibile usurpazione di funzioni riservate alla competenza dirigenziale. Il Tar ligure, tuttavia, ha ritenuto che il *tweet* non integri un atto amministrativo annullabile per incompetenza, pur costituendo "una sicura spia dell'eccesso di potere per sviamento" dal momento che gli organi decentrati del MIBAC sembrano essersi determinati non su una nuova e più approfondita istruttoria sulla necessità di tutela del filare di alberi, ma esclusivamente sulle affermazioni atipiche del ministro competente, nel tentativo di assecondarne gli impegni presi pubblicamente.

Di fronte alla domanda di riforma della sentenza del Tar nella parte in cui non aveva annullato il *tweet* il Consiglio di Stato si è pronunciato solo incidentalmente, dal momento che in considerazione della reiezione degli appelli principali, l'appello incidentale del Comune era diventato improcedibile per carenza di interesse. Tuttavia, "per scrupolo di completezza" i giudici hanno osservato che gli atti dell'autorità politica, limitati all'indirizzo, controllo e nomina ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, devono concretarsi nella dovuta forma tipica dell'attività della pubblica amministrazione.

La vicenda ha posto così la questione, in quest'epoca di "comunicazioni di massa, messaggi, cinguetti, seguiti ed altro", di cosa possa qualificarsi davvero come atto amministrativo e quale efficacia vi si possa attribuire. Ora, è pur vero che relativamente all'atto amministrativo, vige il principio della libertà della forma. Ciononostante, anche in considerazione di quanto stabilito dall'art. 2 c. 1 della l. 241/1990 (che prevede l'adozione di un provvedimento espresso), si può affermare che la forma scritta sia quella ordinaria. Il semplice *tweet* non possiede all'evidenza quei requisiti di forma e contenuto idonei a qualificare tale esternazione come atto amministrativo, rivelandosi inidoneo a generare l'avvio di un procedimento amministrativo teso all'adozione di un nuovo provvedimento.

Andrea Macchiavello  
Dottorando di Ricerca, Università di Genova

#### Nota:

(1) Per alcune altre riflessioni sulla vicenda, v. T. Tessaro, *Un tweet non è un atto amministrativo (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 12.2.2015)*, nella rivista telematica *La Gazzetta degli Enti locali* del 16/2/2015.



# Documenti

## *Il numero dei consiglieri regionali in Liguria: una storia infinita...*

**Lara Trucco**

Professore Associato, Università di Genova

1. In Liguria – che, occorre notare, insieme a Basilicata e Molise, fa parte dell’ormai sparuto ma tenace gruppo di Regioni non dotatesi ancora di una propria legge elettorale –, la questione dell’esatto numero di consiglieri regionali (1) ha continuato a tenere banco anche in occasione della recente consultazione elettorale.

Già nella tornata del 2010, infatti, un consigliere regionale non (ri)eletto aveva sottoposto al TAR i decreti prefettizi con cui, in carenza di una legge elettorale regionale, si era provveduto all’attribuzione dei seggi consiliari da eleggersi nelle circoscrizioni provinciali sulla base della normativa statale (2), protestando l’intervenuta immediata precettività delle norme statutarie secondo cui l’assemblea consiliare sarebbe dovuta essere composta “da non più di cinquanta” consiglieri regionali (v. l’art. 15, c. 2 dello Statuto). In quell’occasione, il giudice amministrativo ritenne, però, che, considerata l’accennata assenza della disciplina regionale, sarebbe dovuto essere ancora lo Stato a dettar legge in materia, valendo lo Statuto regionale da «guida e cornice, nei limiti consentiti dagli stessi artt. 122 e 123 Cost.» per un futuro intervento della Regione, laddove anche l’indicazione «di un numero di consiglieri fino a 50, cioè senza un numero specifico» non sarebbe potuta che «ragionevolmente intendersi come norma di cornice da attuare con la legge regionale». Di qui la legittimità della previsione prefettizia in quanto non derogatoria rispetto all’indicazione statutaria (3).

Successivamente, l’ammontare dei consiglieri è stato identificato in “non più di trenta” (dall’art. 15, c. 2 dello Statuto della Liguria, come modificato dalla legge statutaria 13 maggio 2013 n. 1), conformemente al tetto massimo (in rapporto alla popolazione presente sul territorio regionale) previsto dal legislatore statale al fine della collocazione della Regione nella classe più virtuosa (v. l’art. 14 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. dalla legge 14 settembre 2011, n. 148). È stato, quindi, con riguardo ad una tale rinnovata base normativa, che, in occasione della tornata elettorale del 2015, il Prefetto, contestualmente alla convocazione dei comizi, ha proceduto all’assegnazione dei suddetti trenta seggi alle varie circoscrizioni elettorali regionali (4).

2. In quest’ultima occasione, tuttavia, i problemi si sono manifestati a consultazione terminata: precisamente, quando è emerso che, in forza del risultato elettorale ottenuto (pari al 34,44% dei voti), la coalizione vincente non avrebbe conseguito con le sole proprie forze la speciale maggioranza consiliare del 55% dei seggi prevista dal sistema elettorale (transitorio) statale (v. l’art. 15 della legge 17 febbraio 1968, n. 108, come modif., partic., dalla legge 23 febbraio 1995, n. 43). L’Ufficio elettorale centrale della Liguria ha proclamato, infatti, eletti 15 consiglieri “di maggioranza” più il Presidente e 15 “di opposizione”, ritenendo che non vi fossero (più) le

condizioni per l’attivazione della cd. “clausola di governabilità” prevista dalla normativa statale, consistente nell’attribuzione di tanti seggi consiliari “extra” fino all’ottenimento del suddetto ammontare del 55% di seggi in Consiglio (cd. seggi aggiuntivi), col correlativo aumento del numero dei consiglieri. Lo stesso Ufficio elettorale, a seguito del reclamo di parte interessata (per il fatto di non essersi vista attribuire la quota soprannumeraria di tre consiglieri, con la conseguenza di non poter contare su una maggioranza più ampia di una estremamente risicata), con provvedimento dell’11 giugno 2015 (5) ha confermato tale disposto, considerando la fissazione del numero dei membri del Consiglio regionale una «fondamentale “scelta politica” sottesa alla determinazione della forma di governo della Regione», e riconducendo, pertanto, la relativa disciplina nell’ambito della competenza statutaria, fino a concludere per l’impossibilità di introdurre o di applicare «meccanismi diretti ad attribuire seggi aggiuntivi» allorché «lo Statuto Regionale, come nel caso della Regione Liguria [...] indic[hi] un numero fisso di consiglieri senza possibilità di variazione» (sent. Corte cost. n. 188 del 2011).

La giurisprudenza costituzionale ha, dunque, fornito in quest’occasione i basilari criteri sia per ricostruire il rapporto tra fonti del diritto in materia, sia per definire la portata della normativa statutaria concernente il numero dei consiglieri regionali. Tuttavia, se, per il primo aspetto, è venuta in rilievo la giurisprudenza che, nella materia, distingue nettamente gli ambiti d’intervento in termini vuoi di “gerarchia”, vuoi, soprattutto, di “competenza” (a favore, evidentemente, delle norme statutarie) (6), per il secondo, sembra essersi ragionato in modo abbastanza originale, attribuendosi alle ridette norme statali non solo l’accennato ruolo incentivante e premiale, ma considerando l’indirizzo sulla composizione numerica dei consigli regionali anche il riflesso di «valori costituzionali cui necessariamente e legittimamente il legislatore regionale si deve uniformare», in ossequio, in particolare (7), al principio «di eguale rappresentatività degli elettori, e di uniforme proporzione tra elettori, eletti e nominati» (8).

È possibile, peraltro, immaginare che la decisione dell’Ufficio elettorale sia stata, per così dire, “ispirata” dagli esiti di altra, ancor più recente, giurisprudenza costituzionale, dato che l’assegnazione alla coalizione vincente dei presi seggi in sovrannumero, oltre quelli statutariamente previsti, consistendo in una sorta di “premio di consolidazione” per la maggioranza uscita dalle elezioni, sarebbe risultata in stridente controtendenza con quanto stabilito nella sent. n. 1 del 2014, circa la necessità che, per procedere all’assegnazione di eventuali “premi di maggioranza”, risultati fissata una qualche soglia di voti, del tutto assente, invece, nella normativa elettorale applicata.

3. In attesa dell’esaurimento del contenzioso in questione, alimentato, da ultimo, dall’impugnazione del predetto provvedimento di conferma dell’Ufficio elettorale della Liguria (contenzioso che si sarebbe verosimilmente evitato se la riforma statutaria, come avvenuto in altre regioni, avesse previsto una qualche clausola “di salvezza”/“di flessibilità” (9)



idonea a mettere al riparo da possibili sforamenti del numero di consiglieri statutariamente previsto (10)), potrebbe risultare utile, sempre per quanto riguarda le elezioni regionali del 2015, allargare la prospettiva oltre le peculiarità del caso esaminato.

In questo senso, se non ci si può esimere dall'accennare alla cifra più impressionante della ridetta competizione elettorale, ossia il crescere dell'astensionismo, mette conto qui di chiedersi quanto peso vi abbia avuto proprio l'incremento, nel tempo ed in modo clamoroso, del contenzioso elettorale. Per altro verso, non sembra nemmeno tanto azzardato ravvisare una linea ascendente del fenomeno da quando la disciplina del procedimento di elezione dei Consigli è divenuta di competenza delle stesse Regioni, tanto da essere lo stesso pervenuto, negli ultimi tempi, a livelli di patologia, per così dire, "sistematica".

Così, in un quadro ormai talmente complesso da non poter essere qui meno che abbozzato, sembra significativo il fatto che il contenzioso abbia interessato tutte le regioni ordinarie, indipendentemente dal fatto che esse si siano dotate o meno del cd. "tandem" Statuto/legge elettorale, anche se va rimarcato come, nel caso positivo, le impugnativi abbiano riguardato solo la Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità delle leggi elettorali regionali (si noti come ben quattro delle sette regioni andate al voto nel 2015, ossia Campania, Puglia, Toscana e Umbria, siano state protagoniste di un simile contenzioso).

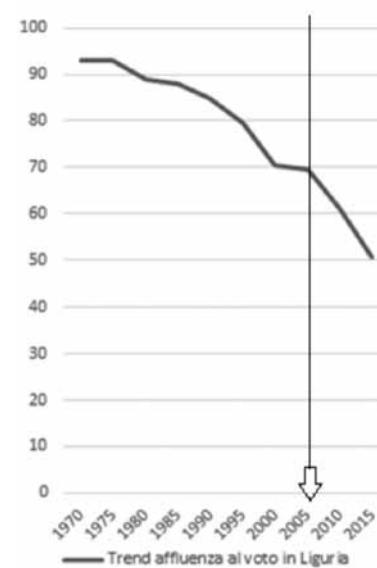
Hanno costituito, invece, campo d'esercizio della giurisdizione amministrativa, le problematiche attinenti alla raccolta ed autenticazione delle sottoscrizioni per la presentazione delle liste di candidati; specie a partire dalla conferma in Consiglio di Stato dell'annullamento da parte del TAR delle elezioni in Molise a motivo della falsità delle firme che avevano consentito a talune liste di candidati di prendere parte alla competizione elettorale regionale (si ricorda come all'epoca l'episodio avesse avuto un enorme risalto anche mediatico, data la novità della situazione). Analogamente, appartiene ad una casistica già piuttosto datata la questione – a cui la cd. "legge Severino" (11) ha dato, però, nuovo smalto – postasi in Abruzzo, a termini della quale è stata la partecipazione alla competizione elettorale (nell'ambito del cd. "listino del Presidente") di un soggetto incandidabile (risultato poi eletto) a far traballare (senza però qui travolgere) l'elezione.

Di comportamenti «gravemente inficianti la correttezza e la trasparenza delle operazioni legate alla presentazione delle liste elettorali» (12), nell'ambito della "fase preparatoria" delle elezioni, poi, si sarebbe avuto disgraziatamente, ancora in seguito, riscontro in altre regioni. Ci si limita a citare, in quanto abbastanza esemplari, per le elezioni del 2010, le vicende occorse nella Regione Lazio, peraltro già afflitta in precedenza da analoghe disavventure, quando ad innescare il "caos" era stata l'esclusione di una lista di sicuro rilievo nella provincia di Roma, per la cui presentazione non ci si era attenuti alle tempistiche di legge. Ma, soprattutto, tale tornata elettorale merita d'essere ricordata come quella in cui, al contenzioso scaturito all'indomani della raccolta delle firme a sostegno delle candidature in regioni del calibro di Lombardia, Piemonte ed ancora del Molise, si è tentato, in modo tanto problematico quanto inopinato, di porre rimedio, ricorrendosi alla decretazione d'urgenza (d.l. 5 marzo 2010, n. 29, cd. "salva-liste").

4. Si diceva, però, della piaga dell'astensionismo, che ha avuto in Liguria una portata "epocale" (v. la tabella ed il grafico che seguono (13)).

#### TREND AFFLUENZA AL VOTO IN LIGURIA (DAL 1970 AL 2015)

ELEZIONI REGIONALI	AFFLUENZA ALLE URNE	CALO DI PARTECIPAZIONE
7 giugno 1970	92,85%	
15 giugno 1975	92,96%	
8 giugno 1980	89,04%	
12 maggio 1985	87,97%	
6 maggio 1990	84,85%	- 10% (circa)
23 aprile 1995	79,60%	
16 aprile 2000	70,47%	- 10% (circa)
3 aprile 2005	69,65%	
28 marzo 2010	60,92%	- 10% (circa)
31 maggio 2015	50,68%	- 10% (circa)



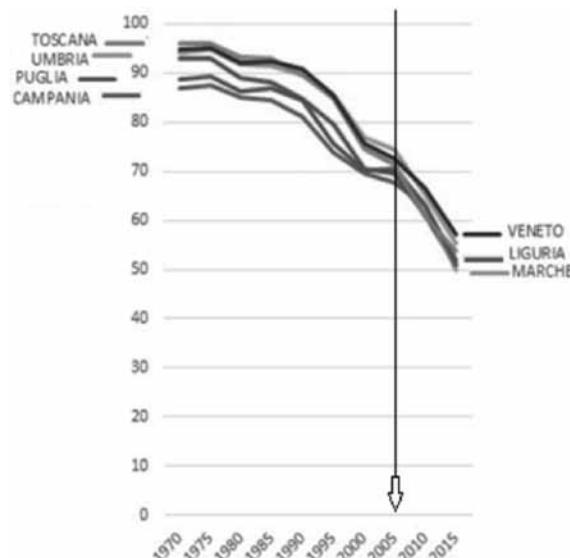
Come si rileva, infatti, dal grafico, che indica il *trend* avutosi dalla prima consultazione elettorale tenutasi domenica 7 giugno 1970 fino all'ultima svoltasi domenica 31 maggio 2015, la percentuale di votanti si è pressoché dimezzata, mentre in più di un comune della Regione si sono toccate punte di astensione superiori addirittura al 60%. Un tale dato risulta, dunque, in un certo senso una punta avanzata di una tendenza più generale che, in occasione delle consultazioni qui sotto osservazione, si è ulteriormente accentuata, tanto da registrarsi un calo complessivo di affluenza di addirittura il 10% dei voti, mentre non sono più tanto rari i casi di circoscrizioni elettorali in cui non si è attinto nemmeno alla soglia "simbolica" del 50% dei votanti, a livello di singoli collegi e financo sul piano regionale (v. il caso delle Marche).

#### TREND AFFLUENZA ALLE URNE NELLE SETTE REGIONI IN CUI DI È VOTATO NEL 2015 (DAL 1970 AL 2015)

CAMPANIA	LIGURIA	MARCHE	PUGLIA	TOSCANA	UMBRIA	VENETO
1970 86,82	92,85%	94,04	88,71	95,89	94,03	94,6
1975 87,34	92,96%	94,78	89,4	95,80	94,98	95,09
1980 84,95	89,04%	91,56	86,35	93,05	92,65	91,95
1985 84,34	87,97%	91,25	86,9	92,83	92,51	92,37
1990 81,17	84,85%	89,5	84,26	89,62	90,6	90,79
1995 73,9	79,60%	84,62	75,72	85,16	85,64	85,23
2000 69,46	70,47%	74,33	70,22	74,63	76,82	75,6



2005	67,69	69,65%	71,46	70,49	71,35	74,27	72,43	
2010	62,97	60,92%	62,77	63,19	60,71	65,39	66,42	-5% circa
2015	51,93	50,68%	49,78 (!)	51,15	53,9	55,42	57,15	10% circa



Conclusivamente, allargando ancor più il campo visuale, anche quanto osservato finora sembra purtroppo sostenere la valutazione per cui il momento elettorale non stia vivendo nel nostro Paese una buona stagione, tanto che si potrebbe qui parlare (se ci passa la facile facezia) di una crisi multilivello. Dalle assemblee parlamentari ai consigli regionali fino agli enti territoriali locali (segnatamente le province) la dimensione della rappresentanza sta mostrando la corda: venuta meno la pre-regolazione dei tradizionali partiti, ma anche la fiducia (o l'assuefazione?) dei cittadini nei vecchi riti istituzionali, appare sempre più intollerabile a livello politico il ricorso a meccanismi elettorali fotografia, mentre è sul ganglio giudiziario (compresa la Corte costituzionale) che si rovescia (a torto o a ragione) a tutti i livelli rappresentativi lo scontento di ogni parte.

Se certo non è qui il caso di abbandonarsi troppo a geremiadi istituzionali, va, però, almeno avvertito che, per quanto riguarda la specifica ottica di queste notazioni, la sfida attualmente "più costituzionalmente orientata" non può che essere quella di riuscire ad invertire la tendenza, rivitalizzando e perfezionando in tutti i suoi profili – anche di tipo "contenzioso" – la dinamica tra momento elettorale ed autonomia territoriale. Risulterebbe, dunque, assai grave sottovalutare il fenomeno astensionistico od ancor peggio, per così dire, eluderlo, affidandosi magari a modalità di preposizione alle cariche (più affini alla "nomina" che all'"elezione") che, nell'immediato, possono apparire di più agevole attuazione, ma che, presto o tardi, rischiano di condurre all'annichilimento del rapporto tra elettori ed eletti, non essendo, del resto, «en cassant le thermomètre que l'on supprime la fièvre...» (14).

#### Note:

(1) Cfr., sul punto, E. ALBANESE e L. TRUCCO in *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Liguria*, P. Costanzo (cur.), Torino, 2011, rispettivamente 108 ss. e 144 e ss.; nonché, in argomento, D. CARRARELLI, *La Corte riafferma la competenza statutaria nella determinazione del numero dei consiglieri regionali*, in *Giur. It.*, 2012, 1263 e ss.; A. DANESI, *Il numero dei consiglieri regionali nell'ingorgo delle fonti del diritto: i casi delle regioni Puglia e Lazio*, in *Giur. cost.*, 2011, 2562 e ss., e, ancora,

ID., *Una fonte statale può determinare il numero dei consiglieri regionali?* Note a margine di una criticabile sentenza della Corte costituzionale (n. 198/2012), in *Giur. It.*, 2013, 1019 e ss.; A. FUSCO, "Settanta savi..." e non uno in più. Riflessioni a margine di C. Cost. sent. n. 188/2011, in *Rass. Parl.*, 2011, 1019 e ss.; F. GABRIELE, *Il numero dei consiglieri regionali tra Statuto e legge elettorale regionale. Spigolature in tema di fonti suggerite da una interessante sentenza della Corte Costituzionale (n. 188 del 2011)*, in *Consulta OnLine* del 17 ottobre 2011 (<http://www.giurcost.org/studi/gabriele.htm>); e A. STERPA, *Il numero dei consiglieri regionali tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in *Il Foro amministrativo (T.A.R.)*, 2010, 3052 e ss.

(2) Segnatamente, ai sensi dell'art. 10, c. 2, lett. f) della l. n. 131 del 5 giugno 2003, e dell'art. 2, c. 1, della l. n. 108 del 17 febbraio 1968 in combinato disposto col d.p.c.m. del 2 aprile 2003.

(3) V. TAR Liguria, sez. II, sent. 2 luglio 2010, n. 5500, preceduta dall'ord. 1° luglio 2010, n. 250.

(4) V., al proposito, i decreti del 1° aprile 2015 per l'indizione dei comizi ed il decreto per l'assegnazione dei seggi alle circoscrizioni elettorali provinciali (reperibili in <http://www.regione.liguria.it/elezioni/indizione-comizi-e-assegnazione-seggi.html>).

(5) Se ne riporta il contenuto: «L'Ufficio Elettorale Regionale dato atto che gli arti. 122 e 123 della Costituzione prevedono un complesso riparto della materia elettorale tra le diverse fonti normative statali e regionali cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 2 del 2004), in particolare statuendo art. 122 V c. della Costituzione) "che il Presidente della Giunta Regionale è eletto a suffragio universale e diretto, salvo che lo statuto disponga diversamente" e che (art. 123 Cost.) rientra nella competenza statutaria la forma di governo regionale; ai sensi dell'art. 122, I c. della Costituzione, il sistema di elezione è di competenza del legislatore regionale "nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica" (così Corte Costituzionale, sentenza 45 del 2011);

Ritenuto, pertanto che il rapporto tra statuto e legge della Regione è disegnato "dalla Costituzione in termini di gerarchia, dato il carattere fondamentale della fonte statutaria, comprovato dal procedimento aggravato previsto dall'art. 123, c. 2 e 3, della Costituzione (sentenza 4 del 2010), e di attribuzione di competenza, alla fonte statutaria rispetto alle competenze del legislatore regionale (sentenze 188 del 2007, 272 e 2 del 2004, 193 del 2003);

Ritenuto altresì che nell'ambito delle riserve normativa rientra la determinazione del numero dei membri del Consiglio, in quanto la composizione dell'organo legislativo regionale rappresenta una fondamentale "scelta politica" sottesa alla determinazione della forma di governo della Regione (sentenza della Corte Costituzionale n. 3 del 2006);

Ritenuto conclusivamente che quando lo Statuto Regionale, come nel caso della Regione Liguria (v. art. 15 c. 2 legge statutaria del 3/5/05 n. 1 come modificato dall'art. 1 della L. statutaria 13/5/13 n. 1), indica un numero fisso di consiglieri senza possibilità di variazione, non possono essere introdotti né, applicati meccanismi diretti ad attribuire seggi aggiuntivi (così Corte Costituzionale, con la pronunzia n 188 del 2011);

Richiamata la pronuncia del Giudice Costituzionale (sent. 198 del 2012) che ha ritenuto ed affermato che il c.d. "decreto Monti" al quale il legislatore regionale figure si è uniformato nel determinare il numero dei consiglieri, sia espressione di un principio di necessario contenimento della spesa pubblica quanto ai costi della politica, e costituisca altresì applicazione del principio di eguale rappresentatività degli elettori, e di uniforme proporzione tra elettori, eletti e nominati, così esprimendo valori costituzionali cui necessariamente e legittimamente il legislatore regionale si deve uniformare - P.Q.M. - conferma quanto in precedenza disposto anche quanto al numero degli eletti».

(6) Per la precisione (v. la nota precedente), il Collegio elettorale ha richiamato la giurisprudenza costituzionale che, nel riconoscere preminenza al rapporto di gerarchia sussistente tra statuti e leggi regionali «dato il carattere fondamentale della fonte statutaria, comprovato dal procedimento aggravato» (sent. n. 4 del 2010), conferisce, altresì, rilievo, specie nella materia qui riguardata, al criterio di competenza, riconducendo la forma di governo regionale – e particolarmente come s'è visto, la determinazione del numero dei membri del Consiglio (sent. n. 3 del 2006), nell'ambito della competenza statutaria (sen-



tenze 188 del 2007, 272 e 2 del 2004, 193 del 2003), ed, invece, il sistema di elezione in quella del legislatore regionale “nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica” (Corte cost., sent. n. 45 del 2011).

(7) L’altro principio richiamato dall’Ufficio elettorale è quello «di necessario contenimento della spesa pubblica quanto ai costi della politica».

(8) V. la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2012.

(9) In particolare, a fare da “apripista”, al riguardo, è stata la Regione Calabria, che ha consentito (all’art. 59, c. 5-bis dello Statuto) l’aumento del numero dei membri del Consiglio regionale ai sensi dell’articolo 15, comma 13, nn. 6,7 e 8 della l. 17 febbraio 1968, n. 108 e dell’articolo 5, comma 1 della l. cost. 22 novembre 1999, n. 1. Dal canto suo, la l.r. elettorale della Calabria del 7 febbraio 2005, n. 1, ha “fissato in cinquanta” il “numero dei consiglieri regionali, in armonia con quanto previsto nello statuto della Regione”, facendo, così “salva”, per l’appunto, “l’applicazione dell’art. 15, commi 13 e 14, della legge 17 febbraio 1968, n. 108, così come modificata dalla legge 23 febbraio 1995, n. 43 e dall’art. 5, comma 1, della legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1” (ex art. 1, comma 2). Cfr., sul punto e, *amplius*, in argomento, A. RAUTI, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Calabria*, C. Salazar, A. Spadaro (curr.), Torino, 2013, 155 e ss.

(10) Ciò che, all’evidenza, non è avvenuto, sebbene non siano mancate occasioni propizie al riguardo (sulle più recenti riforme dello Statuto della Liguria v. E. ALBANESI, *Le modifiche allo Statuto della Regione Liguria sull’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale, sul numero degli assessori e sugli organi ausiliari*, in questa *Rivista, infra*), mentre nella parte finale della legislatura regionale nuove difficoltà si sono frapposte all’introduzione di un sistema elettorale “proprio”, a fronte della procedura “rinforzata” stabilita nella materia (il 3° comma dell’art. 14 dello Statuto della Liguria dispone, infatti, che “La legge elettorale regionale e le sue eventuali modifiche sono approvate con la maggioranza dei due terzi dei Consiglieri regionali”). Così, la sola normativa predisposta (va notato, a pochi mesi dalle elezioni, in occasione della predisposizione della legge finanziaria del 2015) ha riguardato l’esonero delle liste “espressioni di partiti o movimenti già rappresentati nel Consiglio regionale o nel Parlamento italiano al momento della indizione delle elezioni”, ed una revisione, tendenzialmente “al rialzo” – rispetto a quanto previsto dalla normativa statale – del numero delle firme necessario per presentare le liste circoscrizionali e regionali per tutte le altre liste (v. l’art. 13 relativo “alla sottoscrizione delle liste per le elezioni regionali” della l.r. 29 dicembre 2014, n. 41 (“Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2015”)). Le principali proposte di legge elettorale sono state, nell’ottava legislatura, la n. 466 (centro-destra), la n. 469 (centro-sinistra), e la n. 478 (centro); e, nella nona legislatura, la n. 332 (gruppo misto), la n. 338 (centro-destra), la n. 345 (centro-sinistra), la n. 351 (sinistra), la n. 362 (centro), e la n. 363 (“bipartisan”).

(11) Per la precisione, la l. 6 novembre 2012, n. 190 (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”) e con più particolare riguardo al profilo della cd. “incandidabilità”, il d. lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 (“Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell’articolo 1, comma 63, della l. 6 novembre 2012, n. 190”).

(12) V. l’*incipit* della relazione di accompagnamento della Proposta di legge C.1475 (“*Disposizioni concernenti le sottoscrizioni e la presentazione delle liste elettorali e in materia di reati elettorali*”), presentata il 10 luglio 2008.

(13) I dati utilizzati per la tabella ed il grafico che seguono sono reperibili in [http://elezionistorico.interno.it/index\\_ricerca.php?tpel=R](http://elezionistorico.interno.it/index_ricerca.php?tpel=R).

(14) Secondo la colorita espressione di P. MARTIN, in *Les systèmes électoraux et le modes de scrutin*, Paris, 2006, 21.

## *Le modifiche allo Statuto della Regione*

### *Liguria sull’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale, sul numero degli assessori e sugli organi ausiliari (legge statutaria 18 maggio 2015, n. 1)*

**Enrico Albanesi**

Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Genova

**Sommario:** 1. *La genesi ed il contenuto delle modifiche allo Statuto della Regione Liguria.* - 2. *La composizione dell’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale.* - 3. *Il numero degli assessori.* - 4. *L’abolizione del Consiglio Regionale dell’Economia e del Lavoro.* - 5. *L’abolizione della Consulta statutaria.* - 6. *L’attribuzione di «altre funzioni di garanzia» al Difensore civico.* - 7. *Conclusioni.*

#### **1. La genesi ed il contenuto delle modifiche allo Statuto della Regione Liguria.**

Le innovazioni allo Statuto della Regione Liguria introdotte ad opera della legge statutaria 18 maggio 2015, n. 1 (1) costituiscono la terza modifica del nuovo Statuto regionale ligure approvato a seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione (2), dopo quelle del 2007 (3) e del 2013 (4).

Due sono gli oggetti delle modifiche statutarie introdotte nel 2015: da un lato, la conformazione di due organi che compongono la forma di governo regionale (l’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale e la Giunta); dall’altro, le funzioni (o l’esistenza stessa) di alcuni degli organi ausiliari (5) dell’amministrazione regionale (6).

Venendo allo specifico contenuto della legge statutaria n. 1 del 2015, essa dispone: *a*) la riduzione del numero dei componenti l’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale da 5 a 3, con la soppressione della carica di uno dei due Vice Presidenti e di uno dei due Segretari (art. 2); *b*) la modifica del numero degli assessori (art. 3); *c*) l’abolizione del Consiglio Regionale dell’Economia e del Lavoro (art. 4); *d*) l’abolizione della Consulta statutaria (art. 6), attribuendosi la funzione da quest’ultima svolta di giudicare sull’ammissibilità dell’iniziativa popolare e del *referendum* all’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale (art. 1); *e*) la possibilità che la legge regionale attribuisca altre funzioni di garanzia al Difensore civico (art. 5). Tali disposizioni decorrono dalla X legislatura, quella cioè da poco inaugurata a seguito delle elezioni regionali del 31 maggio 2015 (art. 7).

Per comprendere la portata di tali innovazioni, è utile ricostruire il contesto nel quale è sorta la proposta di legge (pdl n. 365 dell’8 agosto 2014) da cui hanno poi avuto origine le modifiche statutarie.

La proposta di legge era nata come un’iniziativa trasversale alle forze politiche, dotata in un certo senso di un «tono istituzionale», come evidenziato da uno dei suoi firmatari (7), in quanto sottoscritta dai membri dell’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale (8). I contenuti iniziali della proposta di legge erano la riduzione del numero dei componenti dell’Ufficio di Presidenza da 5 a 4, con la soppressione della carica di uno dei due Vice Presidenti (componenti poi ulteriormente ridotti a 3, con la soppressione della carica di uno dei due Segretari, per effetto dell’approvazione di un emendamento comunque *bipartisan* nel corso dell’esame della



proposta da parte del Consiglio in prima lettura (9)); l'abolizione della Consulta statutaria e del Consiglio Regionale dell'Economia e del Lavoro; l'attribuzione in capo alla legge regionale della possibilità di riconoscere altre funzioni di garanzia al Difensore civico. Come si legge nella Relazione di accompagnamento alla proposta di legge e come si ricava dai lavori preparatori, scopo della stessa era quello di garantire una migliore organizzazione e una maggiore efficienza nell'attività dell'Assemblea e più in generale di ottenere risparmi di spesa (10).

A seguito dell'approvazione di un emendamento da parte della I Commissione nel corso dell'esame in prima lettura nella seduta del 29 ottobre 2014, che ha condotto all'introduzione di un'ulteriore innovazione statutaria (e cioè la modifica del numero degli assessori), ed in particolare a causa del mancato accoglimento della propria richiesta di introdurre un limite massimo al numero degli assessori esterni, i principali partiti di opposizione hanno deciso di ritirare il loro appoggio all'ulteriore corso della proposta di legge.

La proposta è stata dunque approvata il 18 novembre 2014 in prima lettura dal Consiglio con i soli voti dei partiti di maggioranza e del Ncd (avendo gli altri partiti di opposizione abbandonato l'Aula in segno di protesta per il mancato accoglimento della richiesta di sospendere i lavori per cercare un'intesa volta a limitare il numero degli assessori esterni) ed il 4 febbraio 2015 in seconda lettura con i voti favorevoli della maggioranza e del Ncd ed il voto contrario degli altri partiti di opposizione (11).

Ricostruito il contesto politico-istituzionale che ha condotto all'approvazione delle modifiche statutarie, è ora possibile concentrarsi su un commento dei singoli istituti coinvolti.

## 2. La composizione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale.

I membri dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale previsti dall'art. 19 dello Statuto del 2005 erano 5: un Presidente, due Vice Presidenti e due Segretari (12).

Le modalità di elezione dei componenti dell'Ufficio di Presidenza ai sensi dell'art. 19 dello Statuto del 2005 lasciavano intendere che l'attribuzione dell'incarico di Presidente spettasse ad un esponente della maggioranza (data la previsione del *quorum* dei due terzi al primo scrutinio e della maggioranza assoluta dei componenti dal secondo scrutinio); e che le cariche dei due Vice Presidenti e dei due Segretari, spettassero rispettivamente una alla maggioranza ed una all'opposizione (dato che la loro elezione avveniva con votazione separata, ciascun Consigliere votava un solo nome e la cessazione della carica di uno dei Vice Presidenti o di uno dei Segretari comportava anche la decadenza dell'altro) (13).

Come si è detto, le modifiche statutarie introdotte nel 2015 hanno ridotto i membri dell'Ufficio di Presidenza a 3 componenti: un Presidente, un Vice Presidente ed un Segretario (art. 19, comma 1, Statuto).

Le uniche Regioni in cui l'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale è composto da soli 3 membri sono oggi la Liguria e l'Umbria. Quest'ultima Regione ha parimenti proceduto ad una revisione del proprio Statuto per giungere a tale risultato, disponendo che i membri dell'Ufficio di Presidenza sono il Presidente e due Vice Presidenti e che nella composizione di tale organo è garantita la rappresentanza delle minoranze (14).

Nelle altre Regioni, l'Ufficio di Presidenza è «di regola» composto da un Presidente, due Vice Presidenti e due o più Segretari ed è esplicitamente o implicitamente assicurata la

rappresentanza in seno ad esso delle opposizioni (15). Sono infatti 5 (1 Presidente+2 Vice Presidenti+2 Segretari) i componenti dell'Ufficio di Presidenza in Abruzzo (16), Basilicata (17), Calabria (18), Lombardia (19), Marche (20), Molise (21), Puglia (22), Toscana (23), Veneto (24) e Valle d'Aosta (25); 6 (1 Presidente+2 Vice Presidenti+3 Segretari) nel Lazio (26), Piemonte (27) e Trentino-Alto Adige (28); 7 in Campania (29), Emilia-Romagna (30), Friuli-Venezia Giulia (31) e Sardegna (32); 9 in Sicilia (33). In queste ultime cinque Regioni è anche prevista in tale composizione la figura dei Questori.

Tornando alla Liguria, le nuove modalità di elezione dei componenti dell'Ufficio di Presidenza sembrano ancora una volta assicurare una rappresentanza delle opposizioni al suo interno, verosimilmente con l'attribuzione delle cariche di Presidente e Segretario ad un esponente della maggioranza e della carica di Vice Presidente ad un esponente dell'opposizione. Il Presidente ed il Vice Presidente sono infatti eletti con un'unica votazione, ciascun Consigliere vota un solo nome e la cessazione della carica del Presidente o del Vice Presidente comporta la decadenza dell'altro (art. 19, comma 2, Statuto). Il Segretario è eletto con un'unica votazione e la cessazione della carica del Segretario comporta una nuova votazione (art. 19, comma 3, Statuto), escludendosi così che possa magari subentrare ad esso il primo dei non eletti, alterando quindi gli equilibri interni all'Ufficio di Presidenza a favore delle opposizioni.

Nella prima seduta del nuovo Consiglio regionale all'avvio della X legislatura il 1° luglio 2015, sono stati effettivamente eletti Presidente e Segretario due esponenti di maggioranza e Vice Presidente un esponente dell'opposizione (34).

Alla luce di quanto detto non sembrano quindi condivisibili le perplessità sollevate nel corso dell'esame della proposta di legge secondo le quali la riduzione del numero dei Segretari da 2 (come era previsto nel testo originario della proposta) ad 1 altererebbe la funzionalità del Consiglio: secondo tali critiche, l'Ufficio di Presidenza così composto non sarebbe in grado di garantire l'imparzialità e l'equilibrio della rappresentanza assicurati finora (35).

Già nella precedente formazione a 5 la maggioranza poteva comunque prevalere nelle deliberazioni dell'Ufficio di Presidenza (36). Ciò che realmente conta è che le modalità di elezione garantiscono la rappresentanza delle opposizioni all'interno dell'Ufficio di Presidenza e questo, come si è visto, è assicurato dall'art. 19, comma 2.

## 3. Il numero degli assessori.

Come si è detto, l'unica modifica statutaria non condivisa dalle opposizioni riguarda il numero degli assessori e segnatamente la mancata previsione di un tetto massimo al numero degli assessori esterni.

Quella dell'introduzione o meno di un tetto massimo agli assessori esterni sembra essere tuttavia una questione di opportunità politica mentre profili di interesse giuridico presenta la modifica del numero degli assessori in sé.

Lo statuto regionale, nella versione originaria del 2005, disponeva che i componenti della Giunta nominati dal suo Presidente fossero «in numero non superiore a dodici» (art. 41, comma 1, Statuto).

Con una modifica statutaria (legge regionale 13 maggio 2013, n. 1), tale limite era stato ridotto, prevedendosi che i componenti della Giunta nominati dal suo Presidente fossero, a partire dalla X legislatura, «in numero non superiore a sei». Tale modifica era stata peraltro accompagnata dalla



contestuale riduzione del numero dei componenti del Consiglio regionale: dal limite dei «non più di cinquanta Consiglieri», oltre al Presidente della Giunta, dello Statuto del 2005 si era passati al limite dei «non più di trenta Consiglieri», oltre al Presidente della Giunta, anche in questo caso a partire dalla X legislatura (art. 15, comma 1, Statuto) (37). Le modifiche statutarie del 2013 si erano rese necessarie sulla scia dell'art. 14 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148) che imponeva alle Regioni di adeguare i propri ordinamenti nel senso di prevedere che, per una Regione con una popolazione fino a due milioni di abitanti come la Liguria, «il numero massimo dei consiglieri regionali, ad esclusione del Presidente della Giunta regionale», fosse uguale o inferiore a 30 (art. 14, comma 1, lett. a)) ed il numero massimo degli assessori regionali fosse «pari o inferiore ad un quinto del numero dei componenti del Consiglio regionale, con arrotondamento all'unità superiore» (art. 14, comma 1, lett. b)). Tali obblighi erano stati peraltro ribaditi dal successivo art. 2 del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174 (conv. in l. 7 dicembre 2012, n. 213), accompagnati questa volta dalla previsione di gravose sanzioni a carico delle Regioni in caso di inadempimento (38). La Corte costituzionale aveva peraltro rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 14 del decreto-legge n. 138 (Corte cost., sent. n. 198 del 2012) (39) e quelle relative all'art. 2 del decreto-legge n. 174 (Corte cost., sent. n. 23 del 2014) (40).

Con la recente modifica statutaria del 2015 in Liguria, il numero dei componenti la Giunta nominati dal suo Presidente è ora fissato «in numero pari ad un quinto dei componenti del Consiglio regionale Assemblea Legislativa della Liguria, con arrotondamento all'unità superiore» (art. 41, primo comma, Statuto). In tal modo è stata riprodotta testualmente nello Statuto, nel suo limite massimo, la formulazione dell'art. 14 del decreto-legge n. 138 del 2011 (41).

Alla luce della nuova formulazione dell'art. 41, primo comma, dello Statuto, come si legge nei lavori preparatori del Consiglio, il numero degli assessori della Giunta ligure è ritenuto essere oggi pari a 7 (42). All'avvio della X legislatura consiliare, il nuovo Presidente della Regione Toti ha effettivamente nominato il 7 luglio 2015 un numero di assessori pari a 7.

A tale risultato si giunge evidentemente computando nel totale dei componenti del Consiglio, sul quale calcolare la frazione di 1/5, anche il Presidente della Regione: 1/5 di 31 è pari infatti a 6,2 che, arrotondato all'unità superiore, fa appunto 7. Un'interpretazione, quest'ultima, a cui hanno fatto peraltro ricorso il Piemonte (43), l'Umbria (44) e recentemente la Calabria (45).

A favore di questa lettura sta effettivamente il dato letterale del decreto-legge n. 138 del 2011 che, con riguardo al limite di cui all'art. 14, comma 1, lett. a), usa espressamente la formula «numero massimo dei *consiglieri regionali*, ad esclusione del Presidente della Giunta regionale» (corsivi aggiunti); mentre con riguardo al numero massimo degli assessori di cui all'art. 14, comma 1, lett. b), riferisce la frazione di 1/5 al «numero dei *componenti* del Consiglio regionale» (corsivo aggiunto), incluso dunque, sembra dedursi, anche il Presidente della Regione.

Si segnala tuttavia come una differente interpretazione si trovi invece nella giurisprudenza costituzionale (46) (Corte cost., sent. n. 35 del 2014) (47).

In tale sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità della deliberazione statutaria del Consiglio della Regione Cala-

bria nella quale il numero dei consiglieri regionali era stato fissato in numero di 40 ed il numero degli assessori in numero non superiore ad 8, assumendo la Regione applicabile a sé stessa i limiti posti per le Regioni con popolazione fino a quattro milioni di abitanti. La Corte costituzionale, rilevando tuttavia come dai dati ISTAT la popolazione calabrese sia pari a 1.958.418 abitanti, è giunta alla conclusione che la Regione Calabria avrebbe dovuto piuttosto sottostare ai limiti previsti dal decreto-legge n. 138 per le Regioni con una popolazione fino a due milioni di abitanti.

Ebbene, la Corte ha espressamente affermato, con un peraltro discussus dispositivo di tipo «sostitutivo» (48), che tali limiti consistono nel numero massimo di 30 consiglieri e, per quanto qui interessa, di 6 (e non 7...) assessori.

Tuttavia, pur risultando chiaro il perché il numero massimo degli assessori non possa essere 8, come si è appena visto, risulta apodittica nella sentenza della Corte l'affermazione per cui questo debba essere 6.

#### 4. L'abolizione del Consiglio Regionale dell'Economia e del Lavoro.

Come si diceva, le ulteriori modifiche statutarie attengono ad alcuni degli organi ausiliari dell'amministrazione regionale: il Consiglio Regionale dell'Economia e del Lavoro (disciplinato nello Statuto, forse in modo non del tutto appropriato, nel Capo riguardante le autonomie locali assieme al Consiglio per le autonomie locali), la Consulta statutaria ed il Difensore civico (questi ultimi qualificati come autorità indipendenti di garanzia nel Capo riguardante gli «strumenti di garanzia»).

Il Consiglio Regionale dell'Economia e del Lavoro era disciplinato dall'art. 68 dello Statuto del 2005 come «organismo di consultazione della Regione in materia economica e sociale». Lo scopo di un simile organo, così come d'altronde quello del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro previsto a livello statale dall'art. 99 Cost., era quello di permettere il coinvolgimento delle forze socio-economiche nel processo decisionale, altrimenti di esclusivo appannaggio del Legislativo e dell'Esecutivo.

Lo Statuto della Liguria individuava i componenti del CREL nei rappresentanti delle categorie produttive, delle autonomie funzionali, delle organizzazioni sindacali, del terzo settore, della cooperazione, delle organizzazioni economiche *no profit*, delle associazioni dei consumatori e degli utenti ed in esperti, secondo le modalità e i criteri stabiliti dalla legge regionale che ne disciplinava il funzionamento. Al CREL lo Statuto riconosceva inoltre potestà d'iniziativa legislativa nell'ambito delle materie di competenza e secondo quanto previsto dalla legge regionale.

La Regione Liguria aveva effettivamente approvato una legge istitutiva del CREL (la legge regionale 16 giugno 2006, n. 16), che ne aveva disciplinato la composizione, il funzionamento e le funzioni. In particolare, quanto alle funzioni, oltre a disciplinare quella di iniziativa legislativa già riconosciutagli dallo Statuto, la legge attribuiva al CREL la funzione di esprimere, su richiesta del Consiglio o della Giunta regionale, pareri su progetti di legge o su ogni altro atto ad esso sottoposto, nonché di compiere, di propria iniziativa o su richiesta del Consiglio o della Giunta, indagini, studi e relazioni nelle materie di competenza (49).

La legge del 2006 non ha tuttavia trovato attuazione ed il CREL in Liguria non è stato mai concretamente istituito, verosimilmente per mancanza di risorse (50), fino a che, come si è detto, non è stato definitivamente soppresso nel 2015 con l'abrogazione dell'art. 68 dello Statuto. Sotto que-



sto punto di vista, la scelta di espungere in radice dallo Statuto un organo che per quasi un decennio non si è ritenuto meritevole di attuazione ha dunque una sua chiara e condiscutibile logica.

Il *favor* nei confronti di organi analoghi al CREL ligure non sembra essere d'altronde maggiore né nelle altre Regioni né a livello nazionale.

Sono infatti poche le Regioni (Veneto, Lazio, Toscana e Marche) che a seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione nel 2001 hanno provveduto ad istituire organi analoghi (51). Anzi. Iniziano a registrarsi casi di Regioni (Calabria e Sardegna) che hanno recentemente provveduto a sopprimerli (52).

Anche a livello nazionale la tendenza è ormai quella di abolire il CNEL. L'abrogazione dell'art. 99 della Costituzione è infatti prevista dal disegno di legge costituzionale di superamento del bicameralismo paritario, attualmente in discussione al Senato (53), nella cui Relazione illustrativa si legge come il CNEL ha «prodotto un numero ridotto di iniziative parlamentari e non appare oggi più rispondente alle esigenze di raccordo con le categorie economiche e sociali che ne avevano giustificato l'istituzione» (54).

Tale scelta sembra essere stata accolta con favore nel dibattito costituzionalistico, sia in ragione dell'indifferenza da lungo tempo mostrata nei confronti del CNEL da parte degli organi verso i quali quest'ultimo dovrebbe fungere da ausilio (55), sia in ragione delle mutate dinamiche della rappresentanza che non necessitano più ormai di istanze paternalistiche con il compito di guidare l'azione delle forze sociali (56).

Certo, spiazzante vedere che a sostegno dell'abolizione del CREL in Liguria, del CNEL a livello nazionale e di organi analoghi nelle altre Regioni, il ceto politico abbia addotto esclusivamente l'argomento della riduzione dei costi che da tali abolizioni deriverebbe. Che sia questa la motivazione esclusiva è vero a tal punto che il riferimento alla «soppressione del CNEL» ed al «contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni» compare, in modo anomalo, addirittura nel titolo del progetto di revisione costituzionale del bicameralismo in corso (57). Nel portare avanti tali scelte è però completamente mancato un qualsiasi dibattito sulla perdurante utilità di tali istituti a fronte dei risparmi di spesa attesi.

La questione che qui si pone è più di metodo che di merito. Nel caso dell'abolizione dei CREL e del CNEL è assai probabile che ove si fosse svolto un simile dibattito sulla valutazione dei pro e dei contro, i primi sarebbero stati comunque destinati a prevalere, come si è d'altronde visto. Tuttavia l'esclusivo richiamo al «valore» del contenimento dei costi delle istituzioni volta a giustificare la loro soppressione pare rischioso perché capace di condurre in altri casi all'oscuramento di esigenze meritevoli di cui tali istituzioni sono chiamate a farsi carico.

Ed è proprio questo il caso che, si ritiene, sia avvenuto con l'abolizione della Consulta statutaria.

##### 5. L'abolizione della Consulta statutaria.

La Consulta statutaria era disciplinata dagli artt. 74 e 75 dello Statuto, ora abrogati per effetto delle modifiche statutarie del 2015.

Si tratta di un organo che, al di là delle ulteriori funzioni ad esso attribuite nelle singole Regioni che hanno scelto di istituirlo dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione (58), è sostanzialmente concepito per svolgere un

controllo sulla compatibilità degli atti normativi regionali con lo Statuto regionale. Uno strumento, dunque, a garanzia della rigidità dello Statuto, quale atto collocato al vertice della gerarchia delle fonti regionali.

La Corte costituzionale ha avuto modo in diverse occasioni di pronunciarsi sulla natura di tale organo. In primo luogo la Corte ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale di leggi regionali che attribuivano ad esso il potere di esprimere un parere sulla conformità delle proposte di atti normativi allo Statuto, dato che, se negativo, il parere determinava il solo obbligo di riesame della proposta da parte del Consiglio (Corte cost., sent. n. 378 del 2004) (59) o la motivazione da parte del Consiglio che intendesse dis-costarsene (Corte cost., sent. n. 12 del 2006) (60). In secondo luogo (dopo avere peraltro accolto la questione di legittimità relativa al riconoscimento della prerogativa dell'insindacabilità in capo ai membri e rigettato quella relativa alla previsione dell'istituto dell'opinione dissentente nei pareri dell'organo), la Corte ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni di una legge regionale che attribuivano alla Consulta un controllo successivo su leggi e regolamenti, data la natura amministrativa di tale organo, chiamato a rendere «atti amministrativi di accertamento, volti a risolvere conflitti, decidendo, in un caso concreto, sull'applicabilità di una norma o sulle modalità di applicazione della stessa» (Corte cost., sent. n. 200 del 2008) (61).

Venendo alla Consulta statutaria ligure, tale organo, incluso nel Capo disciplinante gli strumenti di garanzia, accanto al Difensore civico ed al Co.re.com., era qualificato dallo Statuto come organo autonomo ed indipendente di alta consulenza della Regione, avente sede presso il Consiglio regionale e dotato di una natura tecnica, in quanto composto da cinque esperti di riconosciuta competenza in materia di pubblica amministrazione. Le modalità di elezione imponevano un'ampia condivisione sui nominativi, in quanto ciascun componente della Consulta era eletto dal Consiglio regionale a maggioranza dei tre quarti dei propri componenti. I componenti della Consulta duravano in carica sei anni e non erano rieleggibili mentre alla legge regionale era rimessa dallo Statuto la disciplina del funzionamento e dell'organizzazione dell'organo, nonché quella dei requisiti di eleggibilità e le cause di incompatibilità dei suoi componenti. A tale scopo era stata adottata la legge 24 luglio 2006, n. 19, a seguito della quale i primi componenti della Consulta statutaria ligure erano stati eletti nel 2007.

Alla Consulta statutaria erano attribuite tre funzioni: a) l'espressione di pareri sulla conformità allo Statuto dei progetti di legge e dei regolamenti regionali di competenza consiliare; b) l'espressione di pareri sulla ripartizione di competenze tra gli organi regionali; c) l'espressione di pareri sulla ammissibilità delle iniziative popolari e delle richieste referendarie.

Nel caso a) il parere poteva essere richiesto dal Presidente della Giunta regionale o da un quinto dei consiglieri ed era espresso prima dell'esame dei progetti da parte dell'Assemblea. Nel caso b) il parere poteva essere richiesto dagli stessi soggetti appena menzionati e, ove non accolto dagli organi interessati, era sottoposto alla valutazione del Consiglio regionale. Nel caso c) il parere era obbligatorio e, ove negativo, comportava la decadenza delle iniziative popolari e delle richieste referendarie (62).

Come si diceva, la Liguria ha provveduto all'abolizione della Consulta statutaria nel 2015 (scelta peraltro in linea con quella della Regione Calabria che ha soppresso la propria



Consulta con legge regionale n. 19 gennaio 2010, n. 3 (63)), con l'abrogazione degli artt. 74 e 75 dello Statuto, ed ha attribuito all'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale il giudizio sull'ammissibilità dell'iniziativa popolare e del *referendum* fino ad oggi esercitato dalla Consulta statutaria (art. 10, commi 3 e 4, Statuto). Il contenimento dei costi ed il perseguimento di una maggiore efficienza del Consiglio sono state le ragioni addotte a sostegno di tale scelta.

La soppressione della Consulta statutaria sembra tuttavia produrre un "impoverimento" del complesso sistema regionale.

Da un lato, infatti, si finisce per privare il legislatore regionale di un prezioso apporto tecnico nel corso del procedimento legislativo, una vera e propria «consulenza pubblica» che appare utile al fine di garantire la conformità statutaria di una produzione normativa regionale che si colloca all'interno di processi legislativi sempre più complessi (64).

Dall'altro, si priva l'ordinamento regionale di uno strumento che finiva per svolgere anche un ruolo di riequilibrio della forma di governo regionale, in funzione "anti-maggioritaria", dato il ruolo di garanzia svolto in seno al procedimento legislativo (65).

Non solo. Ancor meno condivisibile appare la conseguente scelta di attribuire all'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale una funzione "neutra" (66) quale è il giudizio sull'ammissibilità dell'iniziativa legislativa o del *referendum*, fino ad oggi attribuita ad un organo tecnico e "terzo" come la Consulta statutaria. Tale soluzione (la stessa accolta peraltro dalla maggior parte delle Regioni prima dell'istituzione delle Consulte statutarie) comporterà l'attribuzione del vaglio sull'ammissibilità del *referendum* in capo ad un organo politico (l'Ufficio di Presidenza) emanazione del Consiglio regionale, che è peraltro autore della legge di cui con *referendum* si chiederebbe l'abrogazione (67).

#### 6. L'attribuzione di «altre funzioni di garanzia» al Difensore civico.

L'ultima delle innovazioni statutarie introdotte nel 2015 attiene al Difensore civico.

L'art. 72 dello Statuto Liguria, nel Capo riguardante gli strumenti di garanzia, disciplinava, assieme al Co.re.com. ed alla Consulta statutaria, il Difensore civico, qualificandolo come autorità indipendente di garanzia (68). Tale organo era stato già peraltro istituito in Regione prima della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, ad opera della legge regionale 6 giugno 1974, n. 17, poi modificata dalla legge regionale 5 agosto 1986, n. 17.

Dopo la riforma del Titolo V, la Corte costituzionale ha precisato come il Difensore civico, a prescindere dalla sua denominazione, non costituisca un organo di governo regionale ma sia «titolare di sole funzioni di tutela della legalità e della regolarità amministrativa» (Corte cost., sentt. nn. 112 e 173 del 2004, 167 del 2005) (69).

Lo Statuto ligure, al di là delle comunque brevi disposizioni comuni a tutte le Autorità indipendenti di garanzia di cui all'art. 71 dello Statuto, si limita a disporre che tale organo è istituito presso il Consiglio regionale «per la tutela del singolo cittadino e di interessi collettivi particolarmente rilevanti», rinviando alla legge regionale la disciplina delle competenze e dell'organizzazione dell'organo (70).

La legge che disciplina tale organo è oggi ancora la legge regionale n. 17 del 1986, ai sensi della quale il Difensore civico, su sollecitazione di chiunque, privato, Ente, Associazione anche di fatto che vi abbia diretto interesse,

nell'esercizio del suo ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione regionale e delle aziende e società regionali e a cui la Regione partecipa in via prevalente, segnala, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le irregolarità, le carenze, le omissioni e i ritardi delle amministrazioni.

A ciò si aggiungano analoghe funzioni attribuite all'organo da leggi speciali, quali ad esempio quella in materia di tutela dei diritti delle persone che usufruiscono delle strutture sanitarie (legge regionale 26 aprile 1985, n. 27), quella in materia di tutela dei centri storici (legge regionale 10 luglio 2002, n. 29) o quella in materia di politiche di pari opportunità (legge regionale 1° agosto 2008, n. 26) (71).

Un'ulteriore funzione recentemente attribuita al Difensore civico è poi quella di esercitare in via transitoria alcuni dei compiti del Garante per l'infanzia, fino all'effettiva istituzione di quest'ultimo (legge regionale 16 marzo 2007, n. 9, come modificata dalla legge regionale 6 ottobre 2009, n. 38). A tale organo è stato riconosciuto altresì un qualche coinvolgimento nell'ambito delle politiche di accoglienza e di integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati, attraverso la possibilità che il Presidente della Consulta regionale per l'integrazione dei cittadini stranieri immigrati inviti il Difensore civico alle riunioni di quest'ultima (72).

Venendo alle novità del 2015, le modifiche statutarie hanno introdotto, come si è detto, la possibilità che la legge regionale attribuisca al Difensore civico altre funzioni di garanzia (art. 72, comma 3-bis). *Altre* rispetto a quella "tradizionale" di dare tutela al singolo cittadino ed ad interessi collettivi particolarmente rilevanti.

Nella relazione illustrativa della proposta di legge si chiarisce come tale modifica prefiguri «la possibilità, peraltro già parzialmente in atto, che tale figura possa svolgere anche altre funzioni di garanzia» (corsivo aggiunto). In definitiva, dunque, la *ratio* di tale norma sembrerebbe essere quella di dare "copertura" statutaria all'allargamento delle "tradizionali" funzioni del Difensore civico ad ambiti ulteriori, sia quelle che, come si è visto, sono già state attribuite a tale organo da leggi regionali, sia quelle che il legislatore regionale riterrà opportuno ulteriormente aggiungere, in linea d'altronde con la tendenza anche in altre Regioni verso un'estensione delle "classiche" funzioni del Difensore civico (73).

#### 7. Conclusioni.

In definitiva, è un giudizio parzialmente positivo quello che si sente di esprimere in questa sede sulle recenti modifiche statutarie adottate in Liguria.

*Nulla quaestio* sulla riduzione del numero dei componenti dell'Ufficio di Presidenza (dato che è comunque mantenuto un meccanismo di elezione dei suoi componenti volto a garantire in esso la presenza di membri dell'opposizione) né sull'estensione delle funzioni del Difensore civico (volta a dare "copertura" statutaria ad un allargamento del ruolo di tale organo ormai in atto anche nelle altre Regioni).

Sembrano anche passare indenni, a fronte di potenziali obiezioni, l'intervento sul numero degli assessori (sebbene la citata sentenza della Corte costituzionale sulla deliberazione statutaria della Calabria lasci comunque intravedere una possibile interpretazione alternativa su quale debba essere il limite massimo) e l'abolizione del Consiglio Regionale dell'Economia e del Lavoro (sebbene si sia evidenziato qui in senso critico l'avere il Consiglio regionale addotto ragioni meramente "contabili" a sostegno della soppressione).



Maggiori perplessità suscita invece l'abolizione della Consulta statutaria (ed in special modo la conseguente attribuzione all'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale del controllo sull'ammissibilità di *referendum* ed iniziativa popolare): qui l'obiettivo del contenimento dei costi sembra aver infatti condotto all'oscuramento delle funzioni di garanzia della legalità statutaria e di riequilibrio del sistema che la Consulta statutaria pareva in grado di apportare all'ordinamento regionale.

**Note:**

(1) Si tratta della legge statutaria 8 maggio 2015, n. 1, *Modifiche e integrazioni alla legge statutaria 3 maggio 2005, n. 1 (Statuto della Regione Liguria)*, in *Boll. Uff.* n. 15 del 20 maggio 2015.

(2) Cfr. legge statutaria 3 maggio 2005, n. 1, *Statuto della Regione Liguria*, in *Boll. Uff.* n. 4 del 4 maggio 2005. Sullo Statuto della Regione Liguria nella versione del 2005 cfr. il numero monografico di *Quaderni regionali*, n. 3 del 2005, specie, con riferimento ai temi trattati in questa sede, per i contributi di R. Baldazzi, *La forma di governo della Regione Liguria, tra passato (tendenzialmente "giuntale") e futuro ("presidenziale", ma equilibrato)* (in generale su Giunta e Consiglio), P. Costanzo, *Lo "statuto dell'opposizione"* (con riferimenti all'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale), G. Grasso, *Le Autorità indipendenti di garanzia: il tentativo di "razionalizzazione" dello Statuto ligure* (con riferimenti al Difensore civico), A. Gardino Carli, *La "rigidità" dello Statuto e la Consulta statutaria: dagli intenti iniziali alla attuazione concreta* (sulla Consulta statutaria).

(3) Cfr. legge statutaria 5 ottobre 2007, n. 1, *Modifiche alla legge statutaria 3 maggio 2005, n. 1 (Statuto della Regione Liguria)*, in *Boll. Uff.* n. 16 del 17 ottobre 2007, con la quale: a) la materia dello «status dei consiglieri regionali» è stata inclusa tra quelle sulle quali non sono ammessi l'iniziativa popolare ed il *referendum*; b) è stato specificato che l'Assemblea legislativa (oltre che di autonomia funzionale, organizzativa, finanziaria e contabile) gode anche di autonomia gestionale, di bilancio, patrimoniale, amministrativa, negoziale e contrattuale; c) è stato riconosciuto al Presidente del Consiglio regionale il potere di rappresentanza esterna dell'Assemblea legislativa con riferimento ai tipi di autonomia appena menzionati; d) la denominazione di «Consiglio regionale» è stata sostituita con quella di «Consiglio regionale Assemblea Legislativa della Liguria». Per un ampio commento allo Statuto della Regione Liguria e dell'intero sistema della Regione Liguria, che tiene conto anche delle modifiche statutarie del 2007, cfr. P. Costanzo (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Liguria*, Giappichelli, Torino, 2011 nel quale, con riguardo ai temi qui trattati, si segnalano in particolare i contributi di E. Albanesi, L. Trucco, F. Bailo, P. Gozzi, F. Paderno, *La forma di governo* (su Giunta e Consiglio), V. Gaffuri, *Le Autorità indipendenti di garanzia* (sul Difensore civico), F. Bailo, *Il Consiglio regionale dell'economia e del lavoro* e Id., *La Consulta statutaria*.

(4) Cfr. legge statutaria 13 maggio 2013, n. 1, *Modifiche agli articoli 15 e 41 della legge statutaria 3 maggio 2005, n. 1 (Statuto della Regione Liguria)*, in *Boll. Uff.* n. 7 del 15 maggio 2013, con la quale, a far data dalla X legislatura, è stato ridotto il numero dei consiglieri regionali (da «non più di cinquanta» a «non più di trenta») ed il numero degli assessori (da «in numero non superiore a dodici» a «in numero non superiore a sei»).

(5) Così sono qualificati le Autorità indipendenti di garanzia (tra cui il Difensore civico), il Consiglio Regionale dell'Economia e del Lavoro e la Consulta statutaria in P. Costanzo, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Liguria*, cit., p. 363 ss.

(6) Si tratta di ambiti per i quali la disciplina statutaria rinviene d'altronde il proprio titolo di legittimazione rispettivamente: a) nella competenza in materia di forma di governo *ex art. 123 Cost.*,

dato che quest'ultima include la disciplina della conformazione degli organi che la compongono (cfr. Corte cost., sent. 13 gennaio 2006, n. 3, punto 3.3 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 27 ss.), salvo quanto di dirà nel paragrafo 3 con riguardo all'intervento statale condotto con i decreti-legge n. 138 del 2011 e 174 del 2012; b) nella competenza relativa ai principi fondamentali di organizzazione e funzionamento di cui al medesimo articolo, la quale consente alle Regioni l'istituzione di organi «non necessari» (con espresso riferimento alla Consulta statutaria, cfr. Corte cost., sent. 20 gennaio 2006, n. 12, punto 7 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 71 ss.).

(7) Cfr. l'intervento del consigliere Bruzzone, Segretario dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale, nella seduta del Consiglio regionale del 18 novembre 2014.

(8) Michele Boffa (Pd), Presidente del Consiglio regionale, Massimo Donzella (Pd) e Luigi Morgillo (Pdl), Vice Presidenti del Consiglio regionale, Giacomo Conti (Federazione della sinistra - Rifondazione) e Francesco Bruzzone (Lega Nord Liguria - Padania), Segretari dell'Ufficio di Presidenza.

(9) Si tratta dell'emendamento congiunto di Ezio Chiesa (Gruppo misto - Liguria Viva) e di Aldo Siri (Liste civiche per Biasotti presidente). Cfr. la seduta del Consiglio regionale del 18 novembre 2014.

(10) Cfr. IX legislatura, Proposta di legge n. 365 di iniziativa dei consiglieri regionali Boffa, Donzella, Morgillo, Conti e Bruzzone «Modifiche e integrazioni alla legge statutaria 3 maggio 2005, n. 1 (Statuto della Regione Liguria)» nonché le sedute del Consiglio regionale del 18 novembre 2014 e del 4 febbraio 2015.

(11) Si vedano le sedute del Consiglio regionale del 18 novembre 2014 e del 4 febbraio 2015.

(12) Sulle funzioni dell'Ufficio di Presidenza e dei suoi singoli componenti cfr. P. Gozzi, *La forma di governo*, cit., p. 173 ss.

(13) Si vedano in proposito le riflessioni di P. Costanzo, *Lo "statuto dell'opposizione"*, cit., p. 606 s.

(14) Cfr. l'art. 46 dello Statuto umbro, come modificato dalla legge regionale 19 marzo 2015, n. 5.

(15) Cfr. T. Martines-A. Ruggeri-C. Salazar, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 57.

(16) Cfr. art. 14 dello Statuto abruzzese.

(17) Cfr. art. 12 dello Statuto lucano.

(18) Cfr. art. 20 dello Statuto calabrese.

(19) Cfr. art. 16 dello Statuto lombardo.

(20) Cfr. art. 4 del Regolamento interno del Consiglio regionale marchigiano.

(21) Cfr. art. 24 dello Statuto molisano.

(22) Cfr. art. 27 dello Statuto pugliese.

(23) Cfr. art. 14 dello Statuto toscano.

(24) Cfr. art. 36 dello Statuto veneto.

(25) Cfr. art. 7 del Regolamento interno del Consiglio regionale valdostano.

(26) Cfr. art. 23 dello Statuto laziale.

(27) Cfr. art. 22 dello Statuto piemontese.

(28) Cfr. art. 1 del Regolamento interno del Consiglio regionale trentino.

(29) Cfr. art. 35 dello Statuto campano.

(30) Cfr. art. 33 dello Statuto emiliano.

(31) Cfr. art. 3 del Regolamento interno del Consiglio regionale friulano.

(32) Cfr. l'art. 4 del Regolamento interno del Consiglio regionale sardo.

(33) Cfr. l'art. 4 del Regolamento interno del Consiglio regionale siciliano.

(34) Cfr. la seduta del Consiglio regionale del 1° luglio 2015.

(35) Cfr. l'intervento del consigliere Morgillo nella seduta del Consiglio regionale del 4 febbraio 2015.



- (36) Cfr. P. Costanzo, *Lo "statuto dell'opposizione"*, cit., p. 606 s.
- (37) Il fatto che lo Statuto della Liguria non stabilisca un numero fisso di consiglieri regionali ma solo un numero massimo si spiega perché in tal modo si consente l'adozione di sistemi elettorali che implichino un numero variabile di seggi, per effetto dell'assegnazione di premi di maggioranza. Sul punto cfr. M. Cosulich, *Statuti regionali ordinari e materia elettorale*, in *Quad. reg.*, 2005, p. 694. Sugli inconvenienti derivanti dal modo in cui tale formulazione è stata redatta, cfr. in questo numero di *Nuova Giurisprudenza Ligure*, L. Trucco, *Il numero dei consiglieri regionali in Liguria: una storia infinita...*
- (38) Su tali misure cfr. N. Viceconte, *Legislazione sulla crisi e Consigli regionali: riduzione dei costi della politica o della democrazia?*, in *Ist. fed.*, 2013, p. 29 ss.
- (39) Cfr. Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 198, punto 6.1 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2840 ss. sulla quale in senso critico M. Olivetti, *L'autonomia statutaria delle Regioni italiane dopo la sentenza n. 198 del 2012*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1013 ss. e L. Trucco, *Materia elettorale e forma di governo regionale tra principi costituzionali e politiche di contenimento della spesa nelle decisioni n. 151 e n. 198 del 2012 della Corte Costituzionale*, *ivi*, p. 1276 ss.
- (40) Cfr. Corte cost., 13 febbraio 2014, n. 23, in *Giur. cost.*, 2014, p. 341 ss. sulla quale G. Mobilio, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sui costi della politica regionale, ma stavolta neppure la specialità vale a salvare le Regioni dai "tagli"* (a proposito della sentenza n. 23 del 2014), in *Le Regioni*, 2014, p. 805 ss.
- (41) Si veda in proposito la relazione di maggioranza del Consigliere Marsella, pubblicata nel *Boll. Uff.* n. 15 del 20 maggio 2015 (in calce alla legge statutaria 18 maggio 2015, n. 1) dove si sottolinea la scelta di procedere alla «riproduzione della formulazione della norma nazionale».
- (42) Si vedano le sedute del Consiglio regionale del 18 novembre 2014 e del 4 febbraio 2015.
- (43) Cfr. art. 55, comma 1, dello Statuto piemontese, come modificato dalla legge regionale 21 marzo 2013, n. 3, dove è fissato in 11 il numero massimo degli assessori (cioè 1/5 dei 50+1 componenti il Consiglio regionale, arrotondato all'unità superiore).
- (44) Cfr. art. 67, comma 2, dello Statuto umbro, come modificato dalla legge regionale 27 settembre 2013, n. 24, dove il numero massimo di assessori è 5 (cioè 1/5 dei 20+1 componenti il Consiglio regionale, arrotondato all'unità superiore).
- (45) Cfr. l'art. 35, comma 3, dello Statuto calabrese, come modificato dalla legge regionale 6 luglio 2015, n. 15, dove il numero massimo di assessori è fissato in 7 (cioè 1/5 dei 30+1 componenti il Consiglio regionale, arrotondato all'unità superiore).
- (46) Oltre che in un contributo in dottrina. Cfr. P. Vipiana, *Le ripercussioni della crisi economica sull'assetto delle autonomie in Italia: un ritorno all'accenramento*, in *Id. (a cura di), Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell'Europa in crisi*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 20, nt. 35.
- (47) Cfr. Corte cost., sent. 6 marzo 2014, n. 35, punto 3.2 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 786 ss.
- (48) Cfr., in senso critico sulla scelta della Corte di ricorrere ad un dispositivo di tipo "sostitutivo" in relazione ad una delibera statutaria, R. Bin, *Quando la Corte calza gli scarponi*, in *Le Regioni*, 2014, p. 827 ss.
- (49) Sulla composizione, sul funzionamento e sulle funzioni del CREL Liguria cfr. F. Bailo, *Il Consiglio regionale dell'economia e del lavoro*, cit., p. 415 s.
- (50) Cfr. F. Bailo, *Il Consiglio regionale dell'economia e del lavoro*, cit., p. 414.
- (51) Si vedano la Conferenza regionale sulle dinamiche economiche e del lavoro in Veneto (legge regionale 12 agosto 2005, n. 11), il CREL nel Lazio (art. 71 Statuto e legge regionale 23 ottobre 2006, n. 13), la Conferenza permanente delle autonomie sociali in Toscana (legge regionale 2007, n. 20) ed il CREL nelle Marche (art. 40 Statuto e legge regionale 26 giugno 2008, n. 15).
- (52) Cfr. in Sardegna la legge regionale 15 dicembre 2014, n. 31 (che ha abrogato la legge regionale 3 novembre 2000, n. 19) ed in Calabria la legge regionale 19 gennaio 2010, n. 3.
- (53) Cfr. XVII leg., A.S. n. 1429-B, *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione*.
- (54) Cfr. XVII leg., A.S. n. 1429, *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione*, p. 16.
- (55) Cfr. M. Siclari, *Introduzione al tema: l'abolizione del CNEL*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 24 novembre 2014, cui si rinvia anche per una rassegna del dibattito sul punto.
- (56) Cfr. A. Anzon Demmig, *Il progetto di riforma costituzionale del Governo Renzi: una sorpresa positiva*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2014, p. 11 s. Contra, M. Luciani, *Intervento*, in *Atti della presentazione del libro: Meuccio Ruini, Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro. Scritti e discorsi (1947-1959)*, 29 gennaio 2014, p. 15 ss. il quale sottolinea la funzione di «moderazione del conflitto sociale» svolta dal CNEL.
- (57) Per alcune riflessioni sull'utilizzo atipico che del titolo del disegno di legge di revisione costituzionale A.S. n. 1429 è stato fatto dal Governo, cfr. P. Carnevale, *Sul titolo delle leggi di revisione costituzionale. Prime riflessioni a margine del disegno di legge di riforma della seconda parte della Costituzione attualmente in itinere*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 1, 2015, specie p. 8 ss.
- (58) Per una recente panoramica delle soluzioni accolte nelle varie Regioni cfr. M. Foglia, *Consulte statutarie*, in A. Morelli-L. Trucco, *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014, specie p. 555 ss. Sulle singole esperienze in Piemonte ed Emilia-Romagna, cfr. rispettivamente J. Luther, *Osservazioni sulle prime esperienze della Commissione di garanzia della Regione Piemonte* e M. Maccarini, *La Consulta di garanzia statutaria della Regione Emilia-Romagna*, entrambi in *Ist. fed.*, 2011, p. 835 ss.
- (59) Cfr. sent. 29 novembre 2004, n. 378, punto 9 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4111 ss.
- (60) Cfr. sent. 20 gennaio 2006, n. 12, punto 7 del *Considerato in diritto*, cit.
- (61) Cfr. Corte cost. 13 giugno 2008, n. 200, punto 5 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2258 ss. Sulla sentenza cfr. A. Ruggeri, *Il doppio volto della Consulta statutaria calabrese (a margine di Corte cost. n. 200 del 2008)*, in *Ist. fed.*, 2008, p. 158 ss. e R. Romboli, *La natura amministrativa degli organi di garanzia statutaria e delle relative decisioni: la Corte costituzionale infrange il sogno di un'Alta corte per la regione calabrese*, in *For. it.*, 2009, I, p. 1348 ss. Sulla complessiva giurisprudenza costituzionale in materia cfr. S. Gambino, *Le consulte statutarie nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Ist. fed.*, 2011, p. 817 ss.
- (62) Per approfondimenti sulla Consulta statutaria ligure si vedano, sulle norme statutarie, A. Gardino Carli, *La "rigidità" dello Statuto e la Consulta statutaria: dagli intenti iniziali alla attuazione concreta*, cit., p. 835 ss. nonché, sulla legge attuativa e sulla prassi, F. Bailo, *La Consulta statutaria*, cit., p. 418 ss. e G. Casale, *L'esperienza della Consulta di garanzia statutaria della Regione Liguria*, in *Ist. fed.*, 2011, p. 861 ss.
- (63) Sulla soppressione della Consulta calabrese cfr. C. Napoli, *Abrogazione della Consulta statutaria calabrese: svista o disillusione?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009.
- (64) Su tale valenza delle Consulte statutarie cfr. N. Lupo, *Gli organi di garanzia statutaria, i metodi della legislazione e i Consigli regionali*, in *Ist. fed.*, 2011, specie p. 626 ss.
- (65) Cfr. ancora N. Lupo, *Gli organi di garanzia statutaria, i metodi della legislazione e i Consigli regionali*, cit., p. 632 ss.



(66) Così qualifica il giudizio sull'ammissibilità del *referendum* e dell'iniziativa legislativa nelle Regioni G. Falcon, *Le consulte di garanzia come organi giurisdicenti*, in *Ist. fed.*, 2011, p. 814.

(67) Cfr. M. Carli, *Il chiarimento non c'è stato (a proposito degli organi di garanzia statutaria previsti dai nuovi Statuti delle Regioni ordinarie)*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2272 s. Per approfondimenti sulla situazione vigente prima della riforma del Titolo V, cfr. anche M. Carli-C. Fusaro, *Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle Regioni*, in *Commentario della Costituzione Branca*, Zanichelli - Società Editrice del Foro Italiano, Bologna - Roma, 2002, p. 206 ss.

(68) Sulla possibilità per le Regioni di configurare Autorità indipendenti regionali nelle materie di competenza legislativa concorrente o residuale cfr. G. Grasso, *Le Autorità indipendenti di garanzia: il tentativo di "razionalizzazione" dello Statuto ligure*, cit., p. 670 s.

(69) Cfr. Corte cost., sent. 6 aprile 2004, n. 112, punto 3 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1160 ss., Corte cost., sent. 15 giugno 2004, n. 173, punto 2 del *Considerato in diritto*, *ivi*, p. 1787 ss., Corte cost., sent. 29 aprile 2005, n. 167, punto 2 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1374 ss.

(70) Su tali scelte dello Statuto ligure cfr. G. Grasso, *Le Autorità indipendenti di garanzia: il tentativo di "razionalizzazione" dello Statuto ligure*, cit., p. 661 ss. Più recentemente cfr. anche G. Grasso, *Autorità amministrative indipendenti regionali e locali*, in A. Morelli-L. Trucco, *Diritti e autonomie territoriali*, cit., specie p. 546 ss.

(71) Per approfondimenti sulle funzioni (oltre che sulle modalità di elezione e sull'organizzazione) del Difensore civico in Liguria, cfr. V. Gaffuri, *Le Autorità indipendenti di garanzia*, cit., p. 397 ss.

(72) Un'ulteriore funzione attribuita al Difensore civico dalla legge regionale 4 luglio 2008, n. 24 era quella di nominare un commissario *ad acta* nei confronti della Comunità montana che ritardasse o omettesse di compiere atti obbligatori per legge ai sensi della legge stessa. Tale legge è stata abrogata ai sensi della legge regionale 12 aprile 2011, n. 7. L'attribuzione di tale funzione al Difensore civico suscitava perplessità alla luce della giurisprudenza costituzionale. Nelle già citate sentenze n. 112 e n. 173 del 2004 nonché n. 167 del 2005 la Corte costituzionale aveva infatti ritenuto costituzionalmente illegittime le norme di due leggi regionali che attribuivano al Difensore civico la funzione di nominare un Commissario *ad acta* nei confronti di enti locali, sulla base dell'impossibilità di qualificare il Difensore civico come organo di governo regionale, cosa che, sola, consente ad un organo di esercitare nei confronti degli enti locali interventi di tipo sostitutivo. Sul tema, anche con riferimento alla disciplina statale contenuta nel t.u.e.l., cfr. M. Carli, *Potere sostitutivo, difensore civico e certezza del diritto*, in *Giust. amm.*, 2004, p. 856 ss. e L. Brunetti, *Potere sostitutivo del difensore civico ex art. 136 t.u.e.l.: legittimo il suo esercizio (anche) nei confronti degli statuti comunali*, in *Quad. reg.*, 2007, p. 731 ss.

(73) Sul punto cfr. P. Milazzo, *Difensori civici*, in A. Morelli-L. Trucco, *Diritti e autonomie territoriali*, cit., specie p. 633 ss.

## *L'identità di genere tra anatomia e autonomia: la nuova interpretazione della legge n. 164/1985.*

**Daniele Ferrari**

*Dottore di ricerca in Studi Costituzionali italiani, europei e transnazionali, Università di Genova*

**Damiano Fiorato\***

*Avvocato, Foro di Genova*

**Sommario:** 1. *La nozione giuridica di genere: dal dato genitale al dato psicologico*; - 2. *Il genere tra soma e psiche in una recente sentenza del Tribunale di Genova*; - 3. *Il transessualismo dalla patologia all'autonomia (profili conclusivi)*.

### 1. La nozione giuridica di genere: dal dato genitale al dato psicologico.

La condizione delle persone transessuali, com'è noto, ha trovato un organico quadro di regolamentazione all'interno della legge n. 164 del 1982 (1). La normativa in parola ha riconosciuto il diritto individuale a realizzare l'identità di genere desiderata, in quei casi nei quali il genere di nascita, maschile o femminile, non corrisponde al genere percepito psicologicamente dal soggetto, il quale si sente imprigionato in un corpo a lui estraneo (2). Per risolvere tali situazioni, spesso coincidenti con uno stato di grave sofferenza, il legislatore ha introdotto una disciplina che, individuando uno specifico ruolo dell'autorità giurisdizionale (3), riconduce il cambio di genere al dato genitale (4).

Infatti, la nozione giuridica di genere, fondata sulla distinzione tra maschile e femminile, sembra coincidere nella legge, non semplicemente con una condizione psico-sessuale di identificazione nel genere opposto a quello di appartenenza, bensì con la realizzazione chirurgica di un dato anatomico, qualitativamente maschile o femminile. In particolare, la legge italiana non ha previsto, espressamente, come invece è avvenuta in altri ordinamenti (5), il diritto al cambio del nome senza sterilizzazione (6), stabilendo che, "quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico", il tribunale lo autorizza con sentenza. Se il diritto principale che la rettifica di sesso vuole realizzare è il diritto alla salute, spetterà, comunque, al giudice nel caso concreto di valutare, sulla base della documentazione medica in atti, se l'intervento chirurgico risponde all'interesse del transessuale. Tale lettura della disposizione permette di mitigare il concetto anatomico di genere (e il conseguente obbligo di trattamento medico), adeguandolo alle esigenze di tutela via via definite nel caso concreto dalle specifiche condizioni psico-fisiche del soggetto, il cui diritto alla salute non, necessariamente, si sostanzia in una modifica anatomica riguardante anche i genitali(7).

L'adeguamento dei caratteri sessuali, inizialmente interpretato come la soluzione prevalente per ottenere la rettifica anagrafica(8), è andato incontro, in alcune recenti decisioni, ad una nuova interpretazione(9). Infatti, in termini evolutivi, la giurisprudenza di merito ha affermato che, là dove sia provata una condizione psico-sessuale compatibile con il genere desiderato e l'intervento chirurgico appaia lesivo del pieno sviluppo della personalità del ricorrente, la rettifica del nome può, comunque, essere disposta dal giudice. Tale

\* Del presente contributo il I ed il III paragrafo si devono a Daniele Ferrari, il II a Damiano Fiorato.



orientamento, affermato di recente anche dal Tribunale di Genova in un'interessante pronuncia che si analizzerà tra breve, si pone all'esito di un lungo percorso giuridico e culturale, che ha riconosciuto garanzie, sempre maggiori, alla condizione delle persone transessuali. Tale percorso può essere ricondotto a due fasi principali riconducibili alle due opposte nozioni di identità di genere anatomica e autonoma. Con riguardo alla nozione anatomica di genere, in una prima fase la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale del mutamento artificiale di sesso rispetto ad un articolato parametro riguardante nel suo complesso i limiti costituzionali alla disponibilità del corpo(10), ha ricondotto il fondamento costituzionale della rettifica di sesso alla tutela della personalità (art.2 Cost.) e al diritto alla salute (art. 32 Cost.). Il valore assegnato alla persona dall'art. 2 della Costituzione identifica, infatti, tra i contenuti di tutela protetti anche il diritto all'identità sessuale, la cui realizzazione, nel caso delle persone transessuali, coincide con il diritto alla salute. Il cambio di sesso permette, infatti, alla persona di conquistare uno stato di equilibrio psico-fisico(11).

In tale pronuncia, la Corte, riconoscendo il diritto del transessuale di realizzare “l'esigenza fondamentale (...) di far coincidere il soma con la psiche”(12), sembra aver condiviso la necessità dell'intervento chirurgico. L'adeguamento dei caratteri sessuali, anche se molto invasivo, viene, implicitamente, prospettato come l'unica soluzione per “ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche”(13), permettendo alla persona di riconquistare una situazione di benessere sia come singola sia nei rapporti sociali. In questo senso, la Corte, pur individuando nella legge n. 164 un'evoluzione del concetto di identità sessuale, non più, esclusivamente, identificato, in modo statico e permanente, con una condizione anatomica di fatto esistente al momento della nascita, ma anche con fattori psicologici e sociali, non sembra ritenere eventuale il mutamento dei caratteri sessuali.

Rispetto al descritto orientamento, una nozione di identità di genere slegata dal dato genitale è stata a più riprese affermata sia a livello europeo sia dalle corti nazionali.

A livello “comunitario”, il Parlamento Europeo, con un'importante risoluzione del 15 marzo 2015, ha stigmatizzato l'obbligo previsto in alcuni Stati membri di modifica chirurgica dei caratteri sessuali per il cambio di genere, chiedendo “la messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere”(14). Tale posizione, come sottolineato nella risoluzione, è stata sostenuta anche dal «relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura», che ha aderito ad una lettura critica della sterilizzazione, qualificata “come una violazione del diritto all'integrità fisica nonché della salute sessuale e riproduttiva e dei relativi diritti”. In tale prospettiva, il legislatore europeo “invita la Commissione e l'OMS a eliminare i disturbi dell'identità di genere dall'elenco dei disturbi mentali e comportamentali; invita la Commissione a intensificare gli sforzi per porre fine alla patologizzazione delle identità transgender; incoraggia gli Stati a garantire procedure rapide, accessibili e trasparenti di riconoscimento del genere, che rispettino il diritto all'autodeterminazione». Inoltre, “accoglie con favore il crescente sostegno politico per la messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere, come espresso dal relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura, e condivide il punto di vista secondo cui tali requisiti dovrebbero essere trattati e perseguiti come una violazione del diritto all'integrità fisica nonché della salute sessuale e ri-

produttiva e dei relativi diritti”.

Nella stessa direzione, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con la Risoluzione n. 1728 del 2010, ha invitato gli Stati membri a tutelare le persone transessuali attraverso specifiche normative sul cambiamento di sesso anagrafico. Nel rivolgere tale invito, l'Assemblea ha specificato che tali leggi non devono avere l'effetto di subordinare la volontà del soggetto all'obbligo del trattamento medico o dell'operazione chirurgica(15).

Anche la Corte di Strasburgo, nella recente sentenza *Y.Y. c. Turchia*, ha qualificato la previsione contenuta nella legislazione turca sul cambio di sesso, che impone l'incapacità di procreare come condizione per realizzare l'identità di genere desiderata, come una violazione dell'art. 8 della C.E.D.U. Infatti, non appare necessario in una società democratica imporre una tale limitazione della vita privata, che comprime la libertà di autodeterminazione del transessuale, imponendogli, in modo del tutto gratuito, trattamenti fortemente lesivi della sua integrità fisica e psicologica(16).

Il descritto orientamento, che rimette le modalità di realizzazione del cambio di genere al soggetto, il quale in piena autonomia può scegliere se sottoporsi o meno ad un trattamento medico o ad un intervento chirurgico, sembra configurare una nozione di genere non più, o quantomeno non solo, fondata sul dato anatomico, ma piuttosto sull'elemento psicologico. Tale processo di riconversione in senso psicologico del genere, pur non potendo prescindere nella normativa nazionale da una documentazione medica che comprovi la condizione del transessuale e la serietà delle motivazioni che lo spingono a cambiare genere, si è articolato all'interno di alcune interessanti decisioni di merito, che hanno autorizzato la rettifica anagrafica, pur in assenza di trattamenti medici e interventi chirurgici di modifica dei caratteri sessuali.

## 2. Il genere tra soma e psiche in una recente sentenza del Tribunale di Genova.

Il Tribunale di Genova, con la sentenza del 5 marzo 2015, ha aderito al descritto indirizzo interpretativo evolutivo(17) in tema di rettificazione anagrafica del sesso, ritenendo necessario l'intervento chirurgico solo e nella misura in cui appare necessario garantire alla persona transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, nel caso di discrepanza tra sesso anatomico e psicosessualità(18).

La vicenda riguardava un soggetto transessuale, il quale si era rivolto al Tribunale di Genova, esponendo di trovarsi in una condizione di “disforia di genere” e per questo motivo, oltre a non essersi mai sposato e a non avere avuto figli, specificava di essersi sottoposto negli anni a terapia ormonale e ad altri vari trattamenti, che gli avevano consentito di ottenere un aspetto fisico femminile. Lo stesso (come si evince dalla lettura della sentenza in commento) aveva conservato e intendeva continuare a conservare gli organi sessuali maschili (i c.d. caratteri primari), risultando, peraltro, dalle consulenze versate in atti, come non fosse consigliabile, alla luce delle contingenti situazioni ormonale e psicologica, alcun ulteriore intervento chirurgico, specie di natura ablativa. Il Tribunale perveniva alla decisione percorrendo un *iter* interpretativo della legge 164/1982 analogo a quello delle recenti sentenze delle Curie di Rovereto e Messina(19).

In particolare, i giudici genovesi, discostandosi dall'interpretazione tradizionalista(20) (concetto anatomico di genere), hanno escluso che il dato letterale consenta una interpretazione della legge 164/82, in base alla quale la possibilità della rettifica anagrafica debba essere subordinata al compimento



di un intervento chirurgico demolitivo e ricostruttivo dei "caratteri primari" dell'individuo. Ha affermato, infatti, il Collegio, in considerazione della ampiezza e comprensività della locuzione "*intervenute modificazioni dei (...) caratteri sessuali*", che l'intervento in questione "*debba essere autorizzato in via preventiva solo quando necessario, senza comunque specificare se per caratteri sessuali debbano intendersi quelli primari o quelli secondari e sino a che punto debbano essere modificati*".

D'altro canto, il Tribunale di Genova ha ritenuto sussistere i presupposti per l'accoglimento della domanda, ai sensi dell'art. 3, l. 164/1982, e dell'art. 31, d. lgs. 150/2011, anche sulla base di una lettura costituzionalmente orientata della normativa in questione, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 161/1985. Detta pronuncia ha, infatti, messo in rilievo come la "*identità sessuale*" di un individuo non possa *tout-court* essere sovrapposta e identificata con il sesso biologico di nascita. Applicando tale principio in termini evolutivi, il Tribunale di Genova non solo ha ribadito la reversibilità dell'*identità* di genere di nascita, ma ha anche slegato la rettifica di sesso dal mutamento dei caratteri sessuali primari. Infatti, il rispetto del "*pieno sviluppo della (...) personalità*" impone una nozione di "*identità sessuale in senso ampio e compiuto*".

Così argomentando, il Tribunale di Genova è pervenuto a una decisione destinata a consolidare un indirizzo interpretativo che sembra sempre più affermarsi negli ultimi due anni (21).

In ogni caso, presto, la questione riguardante l'obbligatorietà o meno dell'intervento chirurgico ai fini del cambio di sesso potrebbe essere chiarita dalla Corte costituzionale. La Consulta, infatti, a seguito dell'Ordinanza di remissione del Tribunale di Trento del 19 agosto 2014 sarà chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, primo comma, della legge 164/1982, nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazione dei caratteri sessuali della persona istante, con riferimento ai parametri costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma della Costituzione.

### 3. Il transessualismo dalla patologia all'autonomia (profili conclusivi).

Le descritte evoluzioni giurisprudenziali stanno consolidando una nuova nozione di genere non più appiattita sul dato genitale, ma declinata, in senso psicologico, sull'autopercezione che ciascun soggetto ha della propria identità. Questo cambiamento si lega, com'è avvenuto per le persone omosessuali, ad una progressiva riabilitazione anche in campo medico del transessualismo, che, inizialmente considerato come una patologia da curare, oggi viene ricondotto piuttosto ad una condizione soggettiva non patologica, rispetto alla quale non si impongono cure *standard*(22). Da qui, sul piano giuridico, l'affermarsi progressivo della nuova tutela della libertà di identità di genere non impone uno svolgimento del diritto alla salute uguale per tutte le persone transessuali. L'intervento chirurgico, infatti, non sempre realizza l'*identità* di genere percepita dal soggetto, il quale, alternativamente, si potrà percepire come maschio o femmina, pur conservando i caratteri sessuali di nascita.

In definitiva, la protezione del libero svolgimento della personalità del transessuale, garantita dall'art. 2 Cost. e specificata dalla l. n. 164/1982, dovrà orientare la realizzazione del diritto alla salute. Diversamente, una lettura di questo diritto, astratta dal valore dell'autonomia della persona nelle sue scelte più personali e vincolata ad una qualificazione patologica del transessualismo, per il vero ormai anacronistica,

rischia di trasformare la legge sul cambio di sesso in un'*ipotesi* ingiustificata di trattamento sanitario obbligatorio, data l'assenza di un interesse pubblico alla rettifica dei caratteri sessuali primari del transessuale (23).

#### Note:

(1) V. l. 14 aprile 1982, n. 164, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in G.U., 19 aprile 1982, n. 106. Per un'analisi complessiva di tale normativa, v. S. Patti, M. R. Will, *Commento alla legge 14 aprile 1982, n. 164*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1983, 35 ss. In dottrina, cfr. B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, 465; M. Dogliotti, *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della nuova normativa*, in *Giust. Civ.*, II, 1982, 467 ss.; A. Figone, *Il diritto all'identità sessuale e la libera esplicazione della propria individualità*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1983, 2, 338 ss.

(2) Come osservato, infatti, dalla dottrina: "A fronte di un quadro giurisprudenziale granitico nel negare qualsiasi forma di riconoscimento alla peculiare condizione giuridica delle persone transessuali, nell'anno 1982, viene invece approvata una normativa che introduce la possibilità di modificare il sesso anatomico e anagrafico (...)", così A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 31 ss.

(3) Infatti, ai sensi dell'art. 34, co. 39, l. c) del d. lgs., 1 settembre 2001, n. 150, che ha abrogato l'art. 2 della legge n. 164/1982, è il giudice, all'esito di un procedimento di volontaria giurisdizione mosso dall'interessato, che autorizza o meno con sentenza la rettifica di attribuzione di sesso, ordinando all'ufficiale di Stato civile del comune, dove venne compilato l'atto di nascita, di effettuare la registrazione nel corrispondente registro.

(4) In questi termini, v. art. 1, l. n. 164/1982 e successive modifiche.

(5) Il 1 aprile 2015, ad esempio, la Camera dei rappresentanti dello Stato maltese ha approvato una normativa sul cambio di genere all'avanguardia, che consente di effettuare il cambio di genere senza sottoporsi all'intervento di riassegnazione e senza necessità di pareri medici o decisioni di tribunali. È sufficiente, infatti, un atto notarile.

(6) Tale scelta di politica legislativa si legava ad una qualificazione patologica del transessualismo, la cui cura coincideva, appunto, con il trattamento medico-chirurgico; sul punto v. American Psychiatric Association, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, 4 edn-revised, Washington D.C., 2000.

(7) Infatti: "Il tema della salute come asse portante della disciplina giuridica del transessualismo riemerge quanto alla valutazione della "necessità" dell'intervento e circa la percorribilità di una modifica anche in assenza di trattamento chirurgico (...). Nella specie, occorre considerare se la necessità debba essere valutata in riferimento alla persona e ai suoi bisogni individuali, così come percepiti rispetto alle sue aspirazioni o se, invece, possano entrare in bilanciamento altri principi e valori, ad esempio la certezza dell'ordinamento circa i rapporti giuridici e gli *status*", così A. Lorenzetti, *op. cit.*, 59.

(8) Tra le pronunce di merito, v., ad esempio, Trib. Cagliari, sent., 25 ottobre 1982, in *Giur. it.*, I, 2, 1983, 590 ss.; Trib. Milano, sent., 2 novembre 1982, in *F. I.*, I, 1984, 582; Trib. Roma, sent., 3 dicembre 1982, in *Giust. Civ.*, I, 1983, 996 ss.; Trib. Sanremo, 7 ottobre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 242 ss. In dottrina tale approccio è condiviso da L. Ferraro, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 11 ss.

(9) Sul punto, in particolare, gli orientamenti più evolutivi hanno del tutto escluso la necessità della modifica chirurgica dei caratteri sessuali, quale condizione per ottenere la rettifica anagrafica del sesso (v. Trib. Di Messina, I sez. civ., dec., 4 novembre 2014; Trib. di Rovereto, dec., 2 maggio 2013; Corte App. Napoli, dec., 15 marzo 2013; Trib. Di Roma, dec., 11 marzo 2011, n. 5896), valorizzando la tutela dell'integrità psico-fisica del transessuale, che,



non in tutti i casi, si realizza con il trattamento medico-chirurgico. Per alcuni soggetti, infatti, la realizzazione dell'identità di genere voluta non si lega affatto al possesso di un dato anatomico corrispondente e il trattamento medico violerebbe la loro libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale, provocandogli anche delle sofferenze psico-fisiche e relazionali. In termini in parte diversi, in altre pronunce i giudici non hanno del tutto escluso il legame tra trattamento chirurgico e rettifica anagrafica, ma hanno ristretto l'ambito di incidenza sul corpo della modifica dei caratteri sessuali, ritenendo, ad esempio, per il transito da maschio a femmina, necessaria la rimozione di entrambi i testicoli, ma non l'asportazione del pene (v. Trib. Pavia, dec., 2 febbraio 2006) oppure, nel transito da femmina a maschio, non indispensabile la ricostruzione del pene (cfr. Trib. Monza, dec., 29 settembre 2005). Infine, in senso tradizionale, si pongono ulteriori decisioni che hanno negato il cambio del nome in assenza di un adeguamento del soma al nuovo genere (v., ad esempio, Trib. Vercelli, dec., 12 dicembre 2014, n. 159; Trib. Potenza, dec., 20 febbraio 2015, n. 157). Tutte le decisioni richiamate sono disponibili su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). A commento di questi orientamenti, v., F. Bilotta, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, 2013, 1117 ss.; A. Schuster, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2012, 253 ss.; M. Trimarchi, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 184; A. Porraccioli, *Una decisione basata sul rispetto rigoroso del dettato normativo*, in *Guida al diritto*, 5, 2015, 37 ss.;

(10) La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata per la via incidentale dalla Corte di Cassazione. Il giudice a quo dubitava della conformità a Costituzione degli artt. 1 e 5 della l. n. 164/1982 rispetto al parametro di cui agli artt. 2, 3, 29, 30, 32 Cost. I richiamati parametri sarebbero stati violati nella misura in cui il legislatore, prevedendo la rettifica di sesso, avrebbe leso il valore e le tutele attribuite alla persona dalla Costituzione. Infatti, il cambio di sesso non solo aggraverebbe lo stato di "anormalità" in cui vive il soggetto, ma andrebbe anche a disarticolare la sua vita di relazione, travolgendone anche i diritti di soggetti terzi, come il coniuge o i figli.

(11) V. L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento Costituzionale italiano*, Torino, 2004, 198 ss.

(12) V. Corte cost., sent., 24 maggio 1985, n. 161, Punto 3 del *Considerato in diritto*, in *Giur. Cost.*, 1985, 1173 ss.

(13) V. Corte cost., sent. n. 161/1985, Punto 1 del *Considerato in diritto*.

(14) Cfr. Parlamento Europeo, Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione europea in materia.

(15) V. Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, risoluzione, 2010, n. 1728, "Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre", disponibile in

<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=3&id=309>.

(16) V. Corte Edu, dec., 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turchia*, ric. n. 14793/08, § 121. Sul punto, v., anche, G.C., dec., 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, ric. n. 28957/95, § 90

(17) Cfr. Tribunale di Roma, sent., 11 marzo 2011, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 1033, con nota di M. C. La Barbera, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, effettuazione dell'intervento medico-chirurgico; semel*, Tribunale di Rovereto, sent., 3 maggio 2013 e Tribunale di Messina, sent., 4 novembre 2014.

(18) Cfr. Trib. Genova, sent., 5 marzo 2015. Per la massima v. Questa Rivista, n. 1, 2015, 23.

(19) V. n. 16.

(20) Corte di Appello di Bologna, I sez. civile, sent., 22 febbraio 2013; Tribunale di Vercelli 27 Novembre 2014; Tribunale di Trento ord. 19 agosto 2014; Tribunale di Potenza 20 febbraio 2015. Per una posizione mediana, consistente nella concessione della rettifica in caso di

mero intervento ablativo si vedano: Tribunale di Catanzaro, sent., 30 aprile 2014 e Tribunale di Taranto, sent., 26 giugno 2013.

(21) Tale nuovo indirizzo sembra, inoltre, aver ulteriormente inciso sulla modificabilità degli atti di stato civile introdotta dalla legge sul cambio di sesso, dal momento che non in tutti i casi il dato genitale deve adeguarsi al genere maschile o femminile espresso dal nome. V. L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità* (...), cit., 199 ss.

(22) Infatti, in tempi recenti, la psichiatria ha qualificato il transessualismo non più come una patologia, ma in termini più attenuati come una forma di "disforia di genere" che, rispetto al passato, non caratterizzerebbe più il transessuale come un malato da curare; cfr. M. Biondi (a cura di), *DSM-5. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Milano, 2014, 88 ss.

(22) In questo senso si è, peraltro, pronunciata la Corte di Cassazione in una recentissima sentenza, v. Cor. Cass., sent., 20 luglio 2015, n. 15138. Il trsto della decisione è disponibile in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).



## Sezione di diritto tributario

# Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VII, 16 aprile 2015, n. 458 - Pres. Di Mattei - Rel. D'Avanzo.

**ACCERTAMENTO - verifica - emissione - termine di sessanta giorni - art. 12, c. 7, L. n. 212/2000 - mancato rispetto - urgenza - ragioni - mancata dimostrazione - conseguenza - illegittimità.**

La mancata osservanza del termine di sessanta giorni, previsto dall'art. 12, c. 7, L. n. 212/2000, tra il rilascio del PVC e l'emissione dell'atto di accertamento determina l'invalidità dell'atto impositivo nel caso in cui l'Ufficio non dimostri le ragioni della particolare urgenza che hanno determinato tale anticipata emissione, che non possono essere ricondotte alla propria inerzia od a negligenza ma a fatti non imputabili al medesimo Ufficio.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 12 febbraio 2015, n. 313 - Pres. Balba - Rel. Simonazzi.

**ACCERTAMENTO - redditometro - agente immobiliare - collezionista auto storiche - possesso auto ferrari - scostamento reddito accertato reddito dichiarato - omessa fondata giustificazioni - legittimità accertamento - consegue.**

E' legittimo l'accertamento sintetico se il contribuente non fornisce fondate giustificazioni circa lo scostamento tra reddito dichiarato e reddito sinteticamente determinato (Nel caso di specie la C.T.P. ha ritenuto legittimo l'accertamento emesso nei confronti di un contribuente, agente immobiliare e collezionista di auto storiche che aveva acquisto una Ferrari per 230 mila euro a fronte del reddito dichiarato, per quasi 77 mila euro, senza aver giustificato la solamente affermata circostanza che le provviste necessarie per sostenere il proprio tenore di vita provenivano da elargizioni liberali effettuate da un parente).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 12 febbraio 2015, n. 313 - Pres. e Rel. Delucchi.

**ACCERTAMENTO - attività impositiva - cancellazione società capitali - soci liquidatori - mancata dimostrazione attribuzione somme - esclusione responsabilità - consegue.**

Per effetto dell'art. 2495 c.c. dopo la cancellazione della società i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da costoro riscosse in base al bilancio finale di liquidazione: sicché il Fisco, il quale voglia agire nei confronti del socio, è tenuto a dimostrare il presupposto della responsabilità di quest'ultimo, e cioè che, in concreto, vi sia stata la distribuzione dell'attivo e che una quota di tale attivo sia stata da questi riscossa. Pertanto, è illegittimo l'accertamento qualora il contribuente depositi il bilancio finale di liquidazione dal quale emerge l'insussistenza di qualsiasi distribuzione dell'attivo ai soci e se l'Ufficio non dimostri che il socio ha incassato l'utile supposto distribuito.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 10 febbraio 2015, n. 266 - Pres. Balba - Rel. Mazza.

**ACCERTAMENTO - natura "induttiva" - reddito d'impresa - cessione area edificabile - valore dell'area - rivalutazione - differenza rispetto al prezzo pattuito - fondamento dell'accertamento - legittimità - esclusione.**

La riscontrata differenza tra il prezzo di cessione di un'area edificabile ed il suo più alto valore precedentemente determinato in sede di sua rivalutazione non può fondare da sola un accertamento induttivo, non essendo configurabile alcun elemento "grave preciso e concordante", specie se il prezzo indicato nell'atto di cessione è comunque congruo rispetto al valore della medesima area accertato ai fini ICI dal Comune (Nel caso di specie, l'Amministrazione finanziaria rettificava il valore di cessione di un'area edificabile effettuata da una srl nel 2006, da 1.093.720,00 a 1.474.880,00 euro, sulla base della rivalutazione effettuata nell'anno precedente).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 5 maggio 2015, n. 985 - Pres. Cingano - Rel. Del Vigo.

**ACCERTAMENTO - cessione terreno edificabile - plusvalenza - utilizzo valore ai fini imposta di registro - automatismo - non sussiste - illegittimità - contribuente - prova contraria - ammissione.**

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'Amministrazione finanziaria è legittimata a procedere in via induttiva all'accertamento del reddito da plusvalenza patrimoniale, realizzata a seguito di cessione immobiliare, sulla base dell'accertamento di valore effettuato in sede di applicazione dell'imposta di registro, e che è onere probatorio del contribuente superare (anche con ricorso ad elementi indiziari) la presunzione di corrispondenza del prezzo incassato con il valore di mercato accertato in via definitiva in sede di applicazione dell'imposta di registro, dimostrando di avere in concreto venduto ad un prezzo inferiore (Nel caso di specie, la CTP ha ritenuto che il ricorrente avesse fornito tale prova producendo una perizia asseverata effettuata precedentemente all'atto di cessione ed avente data certa con la quale era evidenziata la congruità del prezzo pattuito con il valore di mercato. Inoltre, la CTP ha riscontrato una corrispondenza tra le movimentazioni bancarie del ricorrente ed il prezzo dichiarato nell'atto di cessione).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 29 aprile 2015, n. 925 - Pres. Mignone - Rel. Galletto

**ACCERTAMENTO - società di capitali cessata - responsabilità dei soci - inattendibilità del bilancio finale di liquidazione - art. 2495. c.c.**

L'Ente impositore, ritenuto l'occultamento di materiale imponibile e quindi l'inattendibilità del bilancio finale di liquidazione, in base all'art. 2495 c.c., è tenuto a richiedere il pagamento dei crediti erariali pregressi esclusivamente ai soci presenti in quella fase, o in alternativa, ad emettere tempestivo avviso di accertamento nei confronti dei soci in allora, per maggiori redditi di partecipazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. III, 23 aprile 2015, n. 28 - Pres. Bracco - Rel. Donato.



**ACCERTAMENTO - reddito di impresa - risultanze studi di settore - presunzione semplice -necessità di ulteriori riscontri probatori.**

*Gli studi di settore costituiscono uno strumento più raffinato dei parametri ma restano pur sempre un'elaborazione statistica; come tale, costituiscono una presunzione semplice e non assoluta, con necessità per l'Amministrazione finanziaria di fornire ulteriori elementi a conforto della fondatezza della pretesa erariale.*

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. I, 13 aprile 2015, n. 397 - Pres. e Rel. Sgambati.

**ACCERTAMENTO - cessione di azienda - plusvalenza - valore ai fini imposta registro - automatismo - carenza di motivazione - annullabilità.**

*I principi relativi alla determinazione del valore di un bene oggetto di trasferimento sono diversi a seconda dell'imposta che si deve applicare, sicché quando si discute di imposta di registro si ha riguardo al valore di mercato del bene, mentre quando si discute di una plusvalenza nell'ambito dell'imposta sui redditi occorre verificare la differenza realizzata tra il prezzo di acquisto e quello di cessione (Cass. Sez. V, n. 23608/2011). Conseguentemente, il contribuente (nella specie, il cedente di una azienda) non è tenuto a produrre materialmente la prova diabolica di un fatto negativo (ossia di non aver ricevuto il maggior corrispettivo supposto non dichiarato), in quanto tale tipo di prova contrasterebbe con il regime delle prove regolato dal processo civile ed applicabile anche al rito tributario: per tale motivo, al contribuente è riconosciuta la possibilità di censurare con ogni possibile mezzo a sua disposizione, seppure indiziario, l'automatismo dell'accertamento della plusvalenza realizzata ai fini dell'imposta sui redditi con il valore definito dal cessionario ai fini dell'imposta di registro.*

Commissione Tributaria Provinciale di Savona - sez. I - sent. 24 febbraio 2015, n. 73 - Pres. Piazza e Rel. Alba.

**ACCERTAMENTO - percezione fondi comunitari - utilizzo fatture oggettivamente inesistenti - mancata ulti-mazione lavori - costo lavoro agricolo orario esorbitante - mancata indicazione fornitura materiali - prova inesistenza operazione - consegue.**

*E' legittimo l'accertamento con il quale l'Amministrazione finanziaria contesti l'emissione di fatture oggettivamente inesistenti se, a fronte dei molteplici elementi evidenziati sia dalla Guardia di Finanza nel PVC sia dall'Ufficio nel successivo atto impositivo, il contribuente non abbia allegato alcuna circostanziata prova contraria (Nel caso di specie il contribuente, titolare di un'azienda agricola, era soggetto ad una verifica fiscale per il controllo dell'impiego di fondi della comunità europea: nel corso della verifica risultava che pur a fronte dell'emissione di fatture i lavori non erano mai stati eseguiti; la CTP ha avallato la pretesa impositiva avendo riscontrato che il contribuente non aveva dimostrato come tali lavori sarebbero stati eseguiti in assenza di personale dipendente, non aveva evidenziato le ragioni per cui il costo per ora lavorata risultava esorbitante in relazione alla media del settore, e non aveva fornito alcuna notizia relativamente all'impiego dei materiali necessari per effettuare i lavori oggetto del finanziamento ricevuto).*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 22 dicembre 2014, n. 2630 - Pres. Mignone - Rel. Penna.

**ACCERTAMENTO - studi di settore - cause di esclusione - calamità naturale - allagamento magazzino.**

*La comprovata esistenza di elementi che generano una situazione di anomalo svolgimento dell'attività del contribuente legittima la disapplicazione integrale degli studi di settore, con il conseguente annullamento dell'atto impositivo emanato.*

*Gli studi di settore sono strumenti fiscali il cui scopo è fondare accertamenti idonei a parametrare le situazioni economiche normali dei contribuenti, ma non valutano, tuttavia, le anomalie che possono verificarsi nel corso del periodo d'imposta. La dimostrata presenza di queste ultime obbliga l'Amministrazione finanziaria a non considerare gli esiti della verifica fiscale, i quali non possono essere forzatamente applicati alla fatti specie. In particolare, quando si genera un grave danno da calamità naturale (allagamento del magazzino a causa delle forti piogge alluvionali), è necessario disapplicare l'istituto in esame e invalidare la pretesa tributaria che ne è derivata, essendosi verificata una causa di esclusione dell'applicabilità degli studi di settore.*

L.U.EM.F.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 13 febbraio 2015, n. 320 - Pres. Di Napoli - Rel. Galletto.

**ACCERTAMENTO - abuso del diritto - presenza di valide ragioni economiche - illegittimità atto impositivo.**

*Non sussiste abuso del diritto tutte le volte che il contribuente dimostra di aver conseguito un legittimo risparmio d'imposta attraverso operazioni che conducono a un determinato risultato imprenditoriale altrimenti non raggiungibile.*

*E invero, come anche affermato chiaramente dalla Corte di Cassazione (Corte Cass., sez. V, 21 gennaio 2011, n. 1372; id., 26 febbraio 2014, n. 4604), tra due strade il contribuente non è obbligato a scegliere quella fiscalmente più onerosa. L'Ufficio, di contro, non può limitarsi a disconoscere un'operazione, sostituendola con un'altra, solo perché quest'ultima risulta più conveniente all'Erario. Ne consegue pertanto che la presenza di valide ragioni economiche, puntualmente dimostrate dal contribuente, giustifica la scelta imprenditoriale che non può essere sindacata dall'Amministrazione finanziaria.*

L.U.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. II, 14 aprile 2015, n. 431 - Pres. e Rel. Cardino.

**ACCERTAMENTO CATASTALE - ICI - rettifica rendita catastale d'ufficio - soggetto passivo concessionario - obbligo notificazione al concessionario - sussiste - notificazione al proprietario - pretesa impositiva - illegittima.**

*La rettifica d'ufficio della rendita catastale ha efficacia ai fini ICI solamente a seguito di notificazione della stessa al soggetto passivo ICI; pertanto, un concessionario di un'aria demaniale deve venire a conoscenza tramite notificazione della rettifica d'ufficio della rendita, in assenza della quale l'accertamento ICI è da considerarsi nullo. (Nel caso di specie, una società concessionaria di un'aria demaniale riceveva un accertamento ICI per l'anno 2005 connesso ad una variazione di rendita catastale conseguente a un controllo del DOCFA presentato dal Demanio. Avverso tale accertamento, veniva presentato tempestivo ricorso nel quale il concessionario, tra l'altro, lamentava la mancata notificazione della variazione di rendita catastale da parte dell'Ufficio. La Ctp respingeva il ricorso, mentre la Ctr adita accoglieva l'appello evi-*



denziando che gli atti di rettifica d'ufficio delle rendite catastali hanno efficacia a partire dalla loro notificazione al soggetto passivo del tributo. Ai fini ICI, in presenza di soggetti passivi differenti dai proprietari, la notificazione deve intervenire nei confronti dei soggetti incisi. In caso contrario, ogni accertamento deve intendersi nullo).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 13 aprile 2015, n. 408 - Pres. Soave - Rel. Teppati.

**CATASTO - accertamento - rendita catastale - zona ubicazione - dotazione impianto ascensore - parcheggio - livello piano - esposizione - riclassamento da a/4 a a/3 - legittimo - materiale impiegati nella costruzione - riclassamento da a/4 a a/3 - non sussiste.**

In materia di verifica d'ufficio della categoria nonché rendita catastale proposta tramite DOCFA, in particolare ai fini dell'inquadramento in A/3 di una abitazione, vanno considerate la zona di ubicazione, la dotazione di impianti, fra cui l'ascensore, la presenza di parcheggi, il livello del piano, l'esposizione dell'appartamento, mentre risulta non rilevante il tipo di materiali utilizzati nella costruzione. (Nel caso di specie, un contribuente risultava destinatario di un accertamento catastale per verifica della rendita dichiarata con DOCFA comportante i passaggio da categoria catastale A/4 ad A/3 e, conseguente, incremento di rendita catastale. Avverso l'atto veniva proposto ricorso in Ctp che accoglieva le doglianze del contribuente. Tuttavia, l'Agenzia del Territorio - ora delle Entrate - appellava in Ctr. Quest'ultima, considerata la zona di ubicazione dell'appartamento, la dotazione di impianti - ascensore -, la presenza di parcheggi, il piano e l'esposizione dell'appartamento concordava con l'appellante, riformando la sentenza di giudici di prime cure).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 13 aprile 2015, n. 403 - Pres. e Rel. Teppati.

**DAZI DOGANALI - accertamento - spedizioniere doganale - responsabilità solidale - importatore - sussiste - buona fede spedizioniere - non presunta.**

In materia doganale, per disposizione del Codice Doganale Comunitario, lo spedizioniere doganale risponde in via solidale con il soggetto per conto del quale le merci sono state presentate in dogana, di tutti i dazi, le imposte e gli accessori dovuti il relazione all'operazione commerciale; ciò anche quando lo spedizioniere sia in perfetta buona fede (Nel caso di specie, uno spedizioniere doganale riceveva avviso di accertamento per dazi doganali da parte dell'Agenzia delle Dogane, sul presupposto che la società esportatrice procedeva ad una sorta di triangolazione della merce finalizzata ad evitare il pagamento di elevati dazi anti dumping. Secondo la CTR, anche se lo spedizioniere era stato coinvolto in una sorta di frode internazionale volta a evitare dazi anti dumping, lo stesso è per legge obbligato a rispondere in solido con l'importatore, anche se sussista buona fede, che va sempre provata).

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 13 aprile 2015, n. 401 - Pres. Soave - Rel. Venturini.

**DAZI DOGANALI - reati tributari - termine prescrizione accertamento - raddoppio termini - notitia criminis - comunicazione nell'originario termine di accertamento - sussiste.**

In caso di reato che ha causato il mancato pagamento di dazi doganali, l'originario termine triennale di prescrizione per l'accertamento in tale ambito decorrente dalla contabilizzazione o dall'esigibilità dell'obbligazione doganale, è prorogato fino ai tre anni successivi alla data di irrevocabilità della decisione penale, ma ciò solo nel caso in cui sia stata formulata una ipotesi delittuosa, posta alla base di una notitia criminis, nel corso dell'originario termine triennale. (Nel caso di specie, una società di capitali riceveva due avvisi di accertamento e due provvedimenti di irrogazioni sanzioni per recupero di diritti doganali per dazi. La società presentava ricorso in Ctp, chiedendo la nullità degli atti impositivi perché emessi oltre i termini di prescrizione. Il ricorso veniva rigettato dalla Ctp, mentre l'appello proposto in Ctr veniva accolto poiché i giudici hanno ritenuto che il potere di accertamento era decaduto per decorrenza del termini di prescrizione. Infatti, in presenza di reato, il maggior termine triennale per l'accertamento in ordine a dazi doganali può essere applicato solo quando la notitia criminis risulta essere comunicata nel termine triennale di prescrizione ordinaria).

Commissione tributaria provinciale di La Spezia, sez. II, 15 maggio 2015, n. 613 - Pres. Crotti - Rel. Baldini.

**DOGANA - valore della merce - royalties - nozione di legame.**

Le royalties devono rientrare nel computo della base imponibile per commisurare le imposte doganali ogniqualvolta sono pagate dall'importatore a un soggetto diverso dal fornitore, il quale esercita, tuttavia, una forma di controllo su quest'ultimo.

Il vincolo cui si fa riferimento è inteso come il potere, sia di diritto che di fatto, di costringere od orientare un soggetto. Tale rapporto è dimostrato dalla Dogana tramite una serie di elementi di collegamento; tra questi non rientra il semplice esame sulla qualità delle merci dell'esportatore quando eseguito dal titolare dei diritti di licenza. Quest'ultima fattispecie non può integrare la nozione di controllo e, pertanto, determina l'esclusione delle royalties dal valore complessivo della merce a cui devono essere applicati i dazi.

M.F.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. 13, 21 novembre 2015, n. 624 - Pres. Di Mattei - Rel. Nordi - 27 maggio 2015 - Torre Embriaci srl c. Agenzia delle Entrate.

**IMPOSTE DIRETTE ED IVA - omessa dichiarazione - Negligenza commercialista - Accertamento induttivo - Applicabile percentuale di redditività su ricavi documentati IVA risultante da fatture di acquisto prodotte - deducibilità.**

L'omessa presentazione della dichiarazione dei redditi da parte del professionista incaricato non preclude al contribuente di giustificare, ai fini dell'imposta sul reddito, la minore redditività dell'impresa accertata dall'Ufficio nel caso in cui il contribuente abbia comunque documentato, anche attraverso l'esibizione del bilancio dell'annualità oggetto di accertamento, i ricavi, i costi sostenuti e le movimentazioni finanziarie.

Analogamente, in tale ipotesi, non sussiste alcuna preclusione a riconoscere al contribuente la possibilità di detrarre l'IVA posto che l'ineducibilità IVA effettivamente pagata dai contribuenti attraverso le fatture d'acquisto comporterebbe un ingiustificato arricchimento per l'erario.



Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 10, 27 aprile 2015 - 9 giugno 2015, n. 1248 Pres. Di Napoli - Rel. Del Vigo - Vannucci, Grassetti, Stasi e Gatto c. Agenzia delle Entrate.

**IMPOSTE SUI REDDITI - accertamento - mancata motivazione e prova della sua sussistenza - motivazione ob relationem - limiti - società di fatto - configurabilità - fattispecie - esclusione.**

*Assolve all'onere della motivazione il richiamo "per relationem" alle risultanze di un processo verbale di constatazione, il quale però si rivela legittimo solo quando assistito dalle argomentazioni che hanno indotto il soggetto motivante a recepire gli elementi indicati in altro atto, così escludendosi la possibilità di un puro e semplice recepimento acritico di tali elementi priva, peraltro, di confutazione delle censure contro di essi formulate. In questo senso, il richiamo al p.v. di constatazione che non risulti assistito dalla allegazione completa degli atti di riferimento (che, nella fattispecie in esame, in alcuni punti risulta carente poiché sostituita da "omissis") non consente al suo destinatario di avere piena contezza degli elementi costituenti la motivazione stessa, con ciò ponendosi in contrasto col disposto di cui all'art. 7, comma 1 L. 212/2000 che, al fine anzidetto, impone l'obbligo della completa allegazione degli atti di riferimento (Nel merito, la CTP ha ritenuto che la presa impositiva, fondata sulla presunta esistenza di una "società di fatto" non fosse stata supportata da alcuna prova certa ed inequivoca anche in considerazione del fatto che le attività indicate dalla Guardia di Finanza nel proprio PVC processo verbale come riconducibili alla società di fatto tra i soci erano, comunque, risultate poste in essere dalle singole persone fisiche, né l'accertamento aveva in alcun modo dimostrato la esistenza di una ripartizione di utili tra i vari soci in conseguenza di tali attività né, a maggior ragione, quella del conferimento di beni o servizi da parte dei ritenuti soci per l'esercizio in comune di una attività economica; del pari, né era stato rinvenuto alcun conto corrente intestato congiuntamente ai presunti soci e quelli dei singoli soci non avevano evidenziato movimentazioni configuranti versamenti su un fondo comune con i restanti presunti soci od operazioni congiunte, né risultavano risultano intestati alla presunta società, né congiuntamente ai ritenuti soci, beni immobili).*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 10, 19 gennaio 2015 - 1 luglio 2015, n. 1414 - Pres. Di Napoli - Rel. Mazzarino - Ceisis S.p.A. c. Agenzia delle Entrate.

**IMPOSTE SUI REDDITI - lavori ultrannuali - inconfigurabilità - fattispecie - costituzione di società all'estero - esecuzione di lavori - royalties - prescrizione di responsione - illegittimità - fattispecie.**

*L'Ufficio non può riqualificare come "ultrannuali" prestazione di servizi che siano sostanzialmente eseguite da un soggetto terzo a favore del quale il ricorrente intervenga, su richiesta del primo, fornendo solo supporto tecnico. Inoltre, non è configurabile alcuna "royalty" nel caso in cui tra la società ricorrente di diritto italiano ed un'altra società di diritto marocchino, non sussista alcun rapporto di carattere, avendo le due società una propria autonomia, sia pure con interessi comuni riferibili alla stessa compagnia societaria (nella specie, la CTP ha ritenuto non invocabile dall'Ufficio la circolare n. 32/E del 22/09/1980, sul "transfer pricing", in quanto regolatrice di tutt'altra fattispecie di rapporto, in quanto riferita all'utilizzo, in campo nazionale, di beni immateriali provenienti da società estera controllata).*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 12, 26 maggio 2015 - 23 giugno 2015, n. 1382, Pres. Mignone - Rel. Bruni - Prothea Solar S.r.l. c. Agenzia delle Entrate.

**IMPOSTA DI REGISTRO - costituzione di diritto di superficie su terreno agricolo a favore di imprese per la attivazione di un impianto fotovoltaico - aliquota 8% - applicabilità - aliquota 15% - non applicabilità.**

*La Commissione ritiene (così anche la prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità) che il legislatore, nel produrre testi normativi a carattere tecnico, si sia avvalso di una terminologia specificamente coerente con la fattispecie giuridica oggetto della disciplina; pertanto, quando ha voluto contemplare la costituzione di un diritto reale, ha utilizzato termini appropriati quali (atti costitutivi di diritti reali); nella diversa ipotesi di disciplina di atti transattivi del diritto di proprietà (art. 1, comma 2, lettera a) del D.P.R. sopracitato) ha usato il termine "trasferimento".*

*L'interpretazione letterale, anche a mente dell'art. 12 delle "c.d. preleggi" al codice civile, non lascia dubbi.*

*Anche l'interpretazione teleologica - quale criterio sussidiario a quello letterale - illustrata dalla ricorrente conduce al medesimo risultato.*

*Anche la doglianza relativa all'imposta di registro in misura fissa di € 168,00 è fondata: trattasi, infatti, di clausola opzionale in cui l'esercizio del diritto risulta subordinato ad evento futuro ed incerto.*

Commissione Tributaria Provinciale di Savona - sez. I - sent. 24 febbraio 2015, n. 76 - Pres. Piazza e Rel. Alba.

**IRPEF - oneri deducibili - acquisto abitazione principale - accensione mutuo ipotecario - deduzione interessi passivi - assenza residenza anagrafica - utenze domestiche - ammontari elevati - dimostrazione dimora abituale - spettanza deduzione - consegue.**

*In tema di imposte sui redditi, E' sufficiente la dimora abituale anziché la formale residenza anagrafica per la deduzione degli interessi passivi pagati per il mutuo acceso per l'acquisto dell'abitazione principale (Nel caso di specie il contribuente si deduce gli interessi passivi del mutuo per l'acquisto dell'abitazione principale nonostante non abbia trasferito la residenza anagrafica ma la semplice dimora abituale. Tale trasferimento è provato dalle utenze per elettricità, gas ed acqua, i cui ammontari risultano elevati e non proporzionati ad una casa disabitata).*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, Sez. XIV, 3 marzo 2015, n. 462 - Pres. e Rel. Delucchi.

**IVA - cessazione attività - unico anno n - omessa indicazione rimborso - unico anno n+1 - riporto eccedenza credito - istanza rimborso - rispetto termine decadenziale - consegue.**

*Ai fini di verificare l'intervenuta decadenza biennale per la richiesta di rimborso Iva, occorre che la richiesta di rimborso sia stata effettuata nel modello Unico entro due anni dalla nascita del credito non rilevando l'eventuale successivo sollecito presentato per il rimborso.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, Sezione 6 (Presidente Moraglia - Relatore Maltese) - 20 giugno - 3



dicembre 2014, n. 1227 - Famà Eugenio c. Agenzia delle Entrate ed Equitalia Nord S.p.a.

**IVA - credito iva - omessa dichiarazione - omessa indicazione del credito nella dichiarazione dell'anno precedente - iscrizione a ruolo art. 54 bis d.p.r. 1972, n. 633 - illegittimità.**

*La procedura di liquidazione prevista dall'art. 36 bis d.p.r. n. 600/1973, deve essere ritenuta ammmissibile quando è eseguibile mediante un mero riscontro cartolare, nei casi tassativamente indicati dalla legge, relativi ad errori materiali e di calcolo immediatamente rilevabili (senza la necessità quindi di alcuna istruttoria) che l'Ammirazione finanziaria ha il potere - dovere di correggere anche a vantaggio del contribuente stesso o allorché occorra procedere all'esclusione di ritenute o deduzioni non previste dalla legge o non documentate. La stessa procedere non può quindi essere estesa fino a ricomprendere fatti suscettibili di interpretazioni diverse, nelle quali è pertanto necessaria l'emissione di un avviso di accertamento motivato in ordine all'interpretazione prescelta dall'Ufficio. Identiche conclusioni valgono anche nel caso di utilizzo della omologa procedura di cui all'art. 54 bis, in materia di IVA.*

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. II, 26 febbraio 2015, n. 235 - Pres. Cardino e Rel. Cattaneo.

**SANZIONI - IVA - importazione - deposito fiscale - irregolare utilizzo - debenza dell'imposta - assolvimento con il meccanismo del reverse charge - Corte di Giustizia, sent. 17.07.2014, causa C-272/13 - tardivo versamento - sanzione - natura - violazione formale - sanzione applicabile - art. 13 d.lgs. n. 471/97 - esclusione - mancanza di proporzione - art. 6, c. 9-bis, d.lgs. n. 471/97 - applicabilità.**

*In base al diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di Giustizia con la sent. 17.07.2014, causa C-272/13 - "Equoland", nel caso di irregolare utilizzo di un deposito IVA (nel quale la merce è entrata solo "virtualmente" per effetto dell'annotazione nel registro di magazzino, ma non anche "fisicamente") uno Stato membro non può pretendere il pagamento del tributo all'importazione se il contribuente ha comunque proceduto al suo successivo versamento attraverso il meccanismo dell'inversione contabile. Da tale pronuncia discende quindi che, da un punto di vista sanzionatorio, il versamento dell'IVA attraverso il meccanismo dell'inversione contabile, pur rappresentando un tardivo pagamento, non determina comunque alcun pregiudizio in capo all'Erario integrando una violazione di tipo "formale", la quale potrà esser sanzionata con la sanzione del 3% prevista dall'art. 6, c. 9-bis, d.lgs. n. 471/97 (prevista per le ipotesi di violazioni commesse nell'ambito del reverse charge) e non con la sanzione prevista dall'art. 13, d.lgs. n. 471/97, per le ipotesi di ritardato versamento, essendo quest'ultima sanzione sproporzionata rispetto alla violazione commessa in tale ipotesi.*



## Sezione di diritto penale

# Massime

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 - Giudice Lepri.

**AMBIENTE – reati – attività di gestione di rifiuti non autorizzata - abbandono o deposito incontrollato di rifiuti – condotta attiva – necessità – condotta meramente omissiva – esclusione.**

(Artt. 256, comma 2; 256, comma 1, lett. A) e B) D.lgs. 152/2006).

*La fattispecie di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti, di cui all'art. 256, comma 2, D.lgs. 152/2006, avendo natura commissiva, postula necessariamente una condotta attiva di abbandono o deposito di rifiuti da parte del soggetto al quale il reato medesimo è materialmente riferito (cfr. Cass. Sez. IV, 36406/13).*

*L'acquisto di un terreno ingombro dai rifiuti non può rendere, per ciò solo, gli attuali proprietari concorrenti nel reato di abbandono o deposito da altri in precedenza commesso.*

*La diacronicità tra il momento della realizzazione delle condotte attive penalmente rilevanti ed il momento dell'acquisto del terreno da parte degli imputati rende, infatti, impraticabile una ricostruzione del fatto in termini di consapevolezza e accettazione da parte degli stessi delle condotte attive penalmente rilevanti da altri realizzate, onde di agevolazione delle stesse. Ciò in quanto, anche a dare per scontato che in capo al proprietario di un terreno gravi l'obbligo di attivarsi positivamente affinché altri non vi abbandonino o depositino in modo incontrollato rifiuti, è assolutamente evidente che tale obbligo è collegato alla effettiva posizione di proprietario e che, pertanto, nessun rimprovero in termini di inerzia agevolatrice delle criminose condotte altrui può essere mosso a chi detta posizione non aveva ancora al momento in cui le condotte stesse erano state realizzate.*

*[Nel caso di specie, il Giudice ha assolto gli imputati sulla base della considerazione secondo la quale non era stata posta in essere dagli stessi alcuna condotta attiva, essendo contestato che i rifiuti di cui si trattava, lungi dall'essere stati da loro prodotti o depositati, erano presenti sul terreno acquistato dagli stessi da data ampiamente anteriore a quella dell'acquisto].*

S.LIG.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 25 maggio 2015 – Giudice Vaccara.

**CONTRAVVENZIONI – possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli – precedente condanna per insolvenza fraudolenta.**

(Art. 707 c.p.)

*In tema di possesso ingiustificato di grimaldelli, la condizione relativa alle precedenti condanne cui fa riferimento la contravvenzione di cui all'art. 707 c.p., non può darsi realizzata nel caso in cui tale precedente sia l'insolvenza fraudolenta, non essendovi alcuna connessione con lo strumento atto a scassinare. Quest'ultimo, peraltro, nel caso di specie, era un semplice cacciavite, strumento non alterato.*

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Boccaccio.

**DELITTI contro l'amministrazione della giustizia – calunnia – elemento soggettivo – errore sui profili valutativi – rilevanza dell'errore.**

(Art. 368 c.p.)

**DELITTI contro l'amministrazione della giustizia – calunnia – falsa denuncia di smarrimento assegni – sussistenza – mancata incolpazione di un soggetto determinato – facile individuabilità – irrilevanza.**

(Art. 368 c.p.)

*In tema di calunnia il dolo non può ritenersi integrato quando la falsa incolpazione consegua a un errore dell'agente circa i profili valutativi della condotta denunciata sempre che tale valutazione soggettiva non risulti fraudolenta e consapevolmente forzata. La prova dell'elemento soggettivo può desumersi dalle concrete circostanze e modalità esecutive dell'azione criminosa attraverso le quali con processo logico deduttivo è possibile risalire alla sfera intellettuiva e volitiva del soggetto, in modo da evidenziarne la cosciente volontà di un'accusa mendace nell'ambito di una piena rappresentazione del fatto attribuito all'inculpato.*

*Integra il delitto di calunnia la falsa denuncia dello smarrimento di assegni bancari, attribuendosi in tal modo al legittimo portatore l'appropriazione o l'impossessamento o la ricezione illecita dei titoli, ed irrilevante dovendosi ritenere ai fini della consumazione del reato la circostanza che nella denuncia non sia stato accusato alcun soggetto determinato, quando il destinatario dell'accusa sia implicitamente ma agevolmente individuabile sulla base degli elementi ivi contenuti.*

M.CIR

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 maggio 2015 – Giudice Petri.

**DELITTI contro il patrimonio – appropriazione indebita – aggravante dell'abuso di prestazione d'opera – agente alle vendite senza rappresentanza.**

(Artt. 646, 61 n. 11 c.p.)

*Qualora l'imputato sia legato alla persona offesa da contratto di agenzia senza rappresentanza, nel caso non versi al preponente somme ricevute per suo conto dai clienti, sussiste il reato di appropriazione indebita aggravato dall'abuso di prestazione d'opera.*

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 25 maggio 2015 – Giudice Vignale.

**DELITTI contro il patrimonio – appropriazione indebita – ingiusto profitto – connotazione patrimoniale – non necessità.**

(Art. 646 c.p.)



*L'ingiusto profitto, per conseguire il quale è posta in essere la condotta di appropriazione indebita non deve connotarsi necessariamente in senso patrimoniale, ben potendo essere di diversa natura. (Fattispecie in cui l'imputato, in ragione della sua attività professionale di commercialista, si era appropriato della documentazione di due società, al fine di evitare che la cattiva gestione della contabilità della quale si era reso responsabile potesse essere integralmente accertata esponendolo ad azioni di rivalsa).*

M.CIR

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 - Giudice Boccaccio.

**DELITTI contro il patrimonio – danneggiamento – modificazione della cosa altrui idonea a diminuirne il valore o a impedirne l'uso – necessità.**

(Art. 635 c.p.)

*Il reato di danneggiamento, a differenza di quello di deturamento, produce una modificazione della cosa altrui che ne diminuisce in modo apprezzabile il valore o ne impedisce anche parzialmente l'uso, dando luogo alla necessità di un intervento ripristinatorio dell'essenza e della funzionalità della cosa stessa (Cass., sez. V, 21.05.2014, n. 38547); inoltre, integra il reato in questione non solo il pregiudizio alla funzionalità del bene, ma anche quello inferto alla sua dimensione strutturale (Cass., sez. V, 19.6.2014, n. 41052).*

S.LIG.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Crucioli.

**DELITTI contro il patrimonio – furto – furto in supermercato – mancato conseguimento della signoria totale sul bene – permanenza di un controllo diretto o indiretto – consumazione – insussistenza - tentativo – sussistenza.**

(Art. 56, 624 c.p.)

*In tema di delitto di furto, il c.d. "furto in supermercato" resta allo stadio di tentativo allorché il soggetto agente sia monitorato dalla persona offesa o dai dipendenti addetti alla sorveglianza o ancora grazie ai dispositivi anti taccheggio non avendo l'agente conseguito, neppure momentaneamente, l'autonomia ed effettiva disponibilità della refurtiva, non ancora uscita dalla sfera di vigilanza e di controllo del soggetto passivo. La norma incriminatrice (artt. 624 e 624 bis cp) ha espunto il criterio della amotio come limite della consumazione del reato, limite che ora riposa unicamente sul sintagma impossessamento-sottrazione. Per impossessamento, inoltre, deve intendersi il conseguimento della signoria del bene sottratto, intesa come piena, autonoma ed effettiva disponibilità della cosa.*

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Crucioli.

**DELITTI contro il patrimonio – furto – furto in supermercato – momento consumativo.**

(Artt. 56, 624 c.p.)

*Il c.d. furto in supermercato resta allo stadio di tentativo allorché il soggetto agente è monitorato dalla persona offesa o dai dipendenti addetti alla sorveglianza o ancora grazie ai dispositivi anti taccheggio non avendo l'agente conseguito, neppure momentaneamente, l'autonomia ed effettiva disponibilità della refurtiva, non ancora uscita dalla sfera di vigilanza e di controllo del soggetto passivo (cfr. Cass. sez. un. 17.4.2014 n. 52117 Preverte).*

*Il limite della consumazione del reato riposa sul sintagma impossessamento – sottrazione: per impossessamento deve intendersi il conseguimento della signoria sul bene sottratto, intesa come piena, autonoma ed effettiva disponibilità della cosa. Sono necessarie sia la compromissione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice (Cass. sez. un. 18.7.2013 n. 40354 Sciucio) sia la concreta rescissione dell'autonoma signoria da parte del proprietario/possessore/detentore del bene oggetto di furto (Cass. sez. II 5.2.2013 n. 8445 Niang).*

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Vaccara.

**DELITTI contro il patrimonio mediante frode – ricettazione – acquisto o ricezione consapevoli, al fine di profitto, di cose con segni contraffatti – configurabilità.**

(Art. 648 c.p.)

*Il delitto di ricettazione è configurabile anche nell'ipotesi di acquisto o ricezione, al fine di profitto, di cose con segni contraffatti nella consapevolezza dell'avvenuta contraffazione, atteso che la cosa nella quale il falso segno è impresso – e che con questo viene a costituire un'unica entità – è provento della condotta delittuosa di falsificazione prevista e punita dall'art. 473 c.p.*

S.LIG.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Staricco.

**DELITTI contro il patrimonio mediante frode – ricettazione – bene giuridico tutelato - patrimonio e amministrazione della giustizia.**

(Art. 648 c.p.)

*Il reato di ricettazione va considerato un reato pluri offensivo, in quanto l'interesse tutelato ricomprende non solo il patrimonio, ma anche l'amministrazione della giustizia. Infatti attraverso la ricettazione, da un lato si protrae la lesione del patrimonio creata con la consumazione del delitto presupposto, dall'altro si verifica una dispersione dei beni di provenienza illecita idonea a creare un ostacolo all'opera dell'Autorità finalizzata ad accettare i reati presupposti. In sostanza l'incriminazione mira ad impedire che, verificatosi un delitto, persone diverse da coloro che lo hanno commesso si interessino delle cose provenienti dal delitto medesimo.*

G.D.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Staricco.

**DELITTI contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone – invasione di terreni o edifici – dolo specifico – prova – stabile permanenza o comun-**

**que possesso non meramente transitorio o occasionale – mancanza – insussistenza.**

(Art. 633 c.p.)

L'elemento soggettivo richiesto dalla norma di cui all'art. 633 C.P. è il fine specifico di occupare l'immobile o di trarne profitto e presuppone che la condotta dell'agente sia volta e diretta a realizzare un apprezzabile depauperamento delle facoltà di godimento del titolare dello *ius excludendi*. Tale può essere desunto dalla stabile permanenza del soggetto o da elementi diversi purché univocamente dimostrativi della finalità di dare inizio ad un possesso non meramente transitorio od occasionale. (Cass. Sez 2 n°50659/014) (Nel caso di specie l'imputato era stato trovato all'interno di un alloggio di proprietà del Comune al cui interno era presente "parecchia roba" che faceva presumere una stabile permanenza; tuttavia tale dato, estremamente generico, in mancanza di altri riscontri, non assurge a prova certa della stabile occupazione).

G.D.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 25 maggio 2015 – Giudice Panicucci.

**DELITTI contro la famiglia – maltrattamenti – assenza di un sistema di relazione di tipo vessatorio – insussistenza del reato.**

(Art. 572 c.p.)

Il reato di maltrattamenti non sussiste allorché le condotte descritte dalla denunciante (svalutazione della propria persona, offese reiterate, gesti di insopportanza, in una circostanza una spallata violenta), da un lato, in un arco di tempo vasto (nove anni), non essendo state continuative, non assurgono a "sistema" di relazione nel senso delineato dall'art. 572 c.p., dall'altro, non risultano prive di causa, apprendo riconducibili ai momenti più gravi di manifestazione della patologia depressivo-reattiva da cui era affetto l'imputato.

Quando non vi è prova che determinati comportamenti siano collegati ad una maniera consapevole di percepire i rapporti uomo-donna, essendovi anche il rilievo di una sindrome depressiva seria e di lunga durata, non può ritenersi integrato, sul piano oggettivo, il reato di cui all'art. 572 c.p.

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Boccacio.

**DELITTI contro la famiglia – violazione degli obblighi di assistenza familiare – causa di giustificazione – incapacità economica dell'obbligato – insufficienza – effettiva e stabile indigenza – prova certa e rigorosa – mancanza – sussistenza del delitto.**

(Art. 570 c.p.)

L'obbligo di sostentamento nei confronti dei figli minori costituisce un dovere primario, espressione di valori costituzionalmente garantiti e come tale assolutamente inderogabile sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo, al punto che l'incapacità economica della persona obbligata al versamento del contributo può assurgere a causa di giustificazione solo ove si traduca in effettiva e stabile indigenza, non determinata da colpa.

Inoltre, la prova di tale causa di giustificazione deve essere certa

e rigorosa, sia sotto il profilo del dato obiettivo, sia sotto il profilo di quello soggettivo.

(Nel caso di specie l'imputato, rimasto assente, non ha allegato alcun elemento idoneo a sostenere una eventuale impossidenza. Dalle risultanze processuali è invece emerso come questi svolgesse attività lavorativa continuativa, che gli avrebbe consentito di corrispondere la somma prevista nell'accordo di separazione a titolo di mantenimento del figlio minore. Il Tribunale ha pertanto ritenuto sussistente la responsabilità dell'imputato per il reato a lui ascritto.)

FR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Carpanini.

**DELITTI contro l'inviolabilità del domicilio – violazione di domicilio ius excludendi – titolare del contratto di locazione – proprietario dell'immobile – legittimazione – assenza.**

(Art. 614 C.P.)

Non commette il reato di violazione di domicilio il convivente della titolare del contratto di locazione che, introducendosi all'interno dell'immobile, compia atti finalizzati ad impedire lo svolgimento della procedura di rilascio dello stesso. Essendo in vigore un contratto di locazione la proprietaria dell'immobile non è legittimata a presentare la querela per violazione di domicilio commesso dal convivente dell'inquilina: lo *ius excludendi*, infatti, appartiene alla titolare del contratto di locazione, la quale in alcun modo ha espresso la volontà di escludere il proprio compagno dall'immobile.

FR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Boccacio.

**EDILIZIA – reati edilizi e paesaggistici – direttore dei lavori – esecuzione dell'opera in difformità – veloce esecuzione dell'opera – assenza dal cantiere del direttore – impossibilità di manifestare opposizione – rilevanza – reato – esclusione.**

(Artt. 110 c.p., 44 lett. C dpr 380/2001, 181 D. L.vo 42/04)

In tema di reati edilizi l'assenza dal cantiere non esclude la penale responsabilità per gli abusi commessi dal direttore dei lavori, sul quale ricade l'onere di vigilare sulla regolare esecuzione delle opere edilizie e il dovere di contestare le irregolarità riscontrate se del caso rinunciando all'incarico. Deve tuttavia pronunciarsi sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste qualora il direttore dei lavori, come nel caso di specie, non aveva avuto il tempo materiale per opporsi alla realizzazione dell'opera a cui si era in precedenza dichiarato contrario e che era stata realizzata in pochissimo tempo dall'impresa costruttrice in accordo con la committente, approfittando di un momento di sua assenza nel cantiere (l'opera era ancora in corso di esecuzione quando il personale dell'Ufficio tecnico si era recato a svolgere il sopralluogo in quanto allertato dal vicino di casa del committente e l'opera era stata immediatamente dopo demolita). In tal caso, infatti, deve escludersi che in capo all'imputato vi fosse la consapevolezza dell'attuazione dell'opera e difetta quindi l'elemento psicologico del reato.

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 6 novembre 2014 – Giudice Deplano.



**GIOCO e scommesse – attività telematica di raccolta e gestione scommesse su eventi sportivi – requisiti richiesti dalla normativa italiana – esercizio abusivo dell'attività da parte di operatore straniero sul territorio nazionale – rapporto tra normativa italiana e normativa europea in tema di tutela della pubblica sicurezza e di lotta al gioco d'azzardo – legittimità della normativa nazionale.**

(Art. 4, co. 4 bis, L. 401/1989)

Secondo la normativa italiana, colui che intende esercitare sul territorio nazionale l'attività di raccolta e gestione on line di scommesse su eventi sportivi, necessita di una concessione rilasciata tramite gara di assegnazione dalla Azienda Autonoma Monopoli di Stato e di una autorizzazione di polizia, prevista dall'art. 88 TULPS, che, per previsione interna, può essere rilasciata solo a chi abbia preventivamente ottenuto la concessione.

Qualora detta attività venga esercitata sul territorio nazionale da un operatore straniero, titolare unicamente di licenza rilasciata dal proprio governo, il sistema normativo interno, che prevede delle restrizioni per il soggetto che intenda operare lecitamente, pone un dubbio di compatibilità con i principi comunitari contenuti negli artt. 43 e 49 CE, rispettivamente: il diritto al libero stabilimento dei cittadini all'interno dell'Unione Europea ed il diritto alla libera prestazione dei servizi all'interno della stessa da parte dei cittadini degli Stati Membri.

La Corte di Giustizia Europea, pronunciatisi su casi analoghi, ha chiarito il rapporto di compatibilità tra normativa nazionale e normativa europea, elaborando il principio generale secondo cui, in assenza di una normativa europea di armonizzazione in materia di gioco d'azzardo e in virtù dell'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono i singoli Stati Membri, gli articoli 43 e 49 CE non devono essere interpretati come ostacoli ad una normativa nazionale che imponga alle società interessate ad esercitare nel territorio del singolo Stato attività collegate ai giochi d'azzardo l'obbligo di ottenere una specifica autorizzazione interna di polizia in aggiunta ad una concessione rilasciata dallo Stato al fine di esercitare simili attività, anche se già titolari di autorizzazione in un altro Stato Membro; non necessariamente, infatti, ogni Stato Membro dispone degli stessi strumenti di controllo del gioco d'azzardo, motivo per cui ciascuno di essi può approntare una propria linea di tutela dei consumatori.

In linea di principio, quindi, la finalità della normativa nazionale di lotta contro la criminalità collegata ai giochi d'azzardo giustifica le restrizioni alle libertà fondamentali garantite dall'Unione, sempre che dette restrizioni siano proporzionate ed effettive al raggiungimento del fine ed i mezzi utilizzati siano coerenti e sistematici.

In applicazione di tali principi di diritto, la previsione interna secondo cui, per accedere al mercato, colui che esercita l'attività di gioco e scommesse deve essere in possesso di una previa concessione e di una conseguente autorizzazione di polizia rilasciate in Italia, non è incompatibile con la normativa comunitaria in quanto proporzionata rispetto all'obiettivo nazionale prefissato di controllo e lotta della criminalità collegata al gioco d'azzardo e di tutela dei consumatori.

(*Fattispecie relativa ad un'agenzia con sede in Italia che, in virtù di un contratto di franchising, esercitava l'attività di raccolta e gestione on line di scommesse su eventi sportivi per conto di una Società estera con sede in Austria, titolare unicamente di licenza rilasciata dal governo austriaco. La Società straniera, che è emerso essere stata costituita nel 2009, non poteva, pertanto, aver partecipato alle gare indette in Italia nel 1999 e nel 2006 per il conseguimento della concessione della Azienda Autonoma Mo-*

*nopoli di Stato, necessaria al fine dell'esercizio nel territorio di attività collegate ai giochi d'azzardo, né è emersa prova che la stessa abbia partecipato, o tentato di partecipare, ai procedimenti di assegnazione banditi nel 2012. E' risultato, altresì, che, pur essendo stata presentata istanza per il rilascio dell'autorizzazione di pubblica sicurezza prevista dall'art. 88 TULPS, la domanda era stata rigettata per assenza di prova che la società in questione fosse titolare di concessione in Italia, presupposto necessario del provvedimento richiesto. Tale Società, quindi, esercitava l'attività di gioco e scommesse abusivamente, in quanto priva dei necessari provvedimenti amministrativi interni legittimanti, e in modo tale da impedire di fatto un controllo teso a preservare esigenze imperative di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, così integrando il reato previsto dall'art. 4, co. 4 bis, L. 401/1989).*

AN.CAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 giugno 2015 – Giudice Panicucci.

**INOTTEMPERANZA al provvedimento di divieto di ritorno nel Comune di Genova – presupposti del provvedimento del Questore – insussistenza del reato in caso di illegittimità dell'ordine di allontanamento.**

(Art. 76 comma 3 D. L.vo 159/2011)

*I presupposti del provvedimento di re-impatrio ai sensi dell'art. 2 D. L.vo 159/2011 sono tre: il luogo in cui la persona viene trovata è diverso da quello di residenza, la persona cui il provvedimento è destinato ha un luogo di residenza stabile, detta persona può essere rimandata in quel luogo. E' pertanto illegittimo il provvedimento emesso dal Questore nei confronti di persona priva di stabile dimora. Ne conseguono la disapplicazione del provvedimento e, indi, l'insussistenza del reato.*

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 14 maggio 2015 – Giudice Lovesio.

**PARTICOLARE tenuità del fatto – accertamento circa la sussistenza e l'illiceità penale del fatto – efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni o il risarcimento del danno.**

(Art. 131 bis c.p., art. 651 bis c.p.p.)

*La pronuncia, all'esito del dibattimento, di una sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, qualora emerga dagli atti che il fatto sussiste ed è penalmente illecito, ha efficacia di giudicato quanto a tali accertamenti nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno.*

S.LIG.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 maggio 2015 – Giudice Vaccara.

**PARTICOLARE tenuità del fatto – modalità della condotta – esiguità del danno – occasionalità.**

(Art. 131 bis c.p.)

*Il soggetto che si è reso responsabile del c.d. "furto in supermercato" va dichiarato non punibile per particolare lieve entità del fatto nel caso in cui l'offesa arrecata dal reato sia di particolare tenuità, la*



*quale deve essere desunta dalle modalità della condotta e dall'esiguità del danno o del pericolo, ed il comportamento risulti non abituale.*

*(Fattispecie in cui l'imputato, incensurato, aveva sottratto occasionalmente merce per € 46,98 dagli scaffali di un supermercato).*

M.CIR

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 25 maggio 2015 – Giudice Levrero.

**PROVE – indizi privi dei requisiti di gravità, precisione, concordanza – insufficienza.**

(Art. 192 c.p.)

*Qualora le prove acquisite siano solo di natura meramente indiziaria e le stesse non presentino i requisiti di gravità, precisione e concordanza richiesti dall'art. 192, comma 2, c.p. ed infine vi sia una prova certa totalmente contraddittoria con quanto ascritto all'imputato, non si potrà pervenire a una pronuncia di penale responsabilità nei suoi confronti.*

S.LIG.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 maggio 2015 – Giudice Boccaccio.

**STUPEFACENTI – detenzione – destinazione alla cessione - dato ponderale – irrilevanza dell'elemento di per sé considerato – valutazione di tutti gli elementi del fatto – sussistenza del reato.**

(art. 73, c. 5 D.P.R. 309/90)

*In tema di sostanze stupefacenti il solo dato ponderale dello stupefacente rinvenuto e l'eventuale superamento dei limiti tabellari di cui art. 73 bis comma 1 DPR 309/90 non determina alcuna presunzione di destinazione della droga a uso personale, tuttavia il Giudice deve valutare globalmente assieme al dato quantitativo, che acquista maggiore rilevanza indiziaria al crescere del numero delle dosi ricavabili, le modalità di presentazione e le altre circostanze dell'azione.*

*(Fattispecie in cui il considerevole numero di dosi, corroborato dalle modalità comportamentali del soggetto, è stato ritenuto un indice della destinazione della droga a un uso non esclusivamente personale).*

M.CIR





# Particolare tenuità del fatto

## Rassegna di giurisprudenza del Tribunale di Genova

**M. Francesca Lanznaster**

Stagista presso il Tribunale penale di Genova

Fra le importanti novità legislative introdotte quest'anno, merita sicuramente un posto di rilievo l'introduzione dell'art. 131 bis c.p., inserito nel nostro sistema penale dal D.lgs. 28/2015.

Il legislatore ha scelto di concepire quest'istituto come una nuova causa di non punibilità idonea ad esplicare i suoi effetti su tutte quelle condotte che, considerata la particolare tenuità del fatto, la tenuità dell'offesa, la minima offensività della condotta, nonché del suo autore, possono considerarsi non meritevoli di sanzione penale, nonostante il fatto si sia verificato e dunque il reato commesso.

L'art. 131 bis c.p. ha dunque introdotto tutta una serie di requisiti e criteri, oggettivi e soggettivi, sulla base dei quali è necessario valutare se il fatto oggetto di giudizio possa considerarsi, o meno, di particolare tenuità e, di conseguenza, non essere punibile a norma del nuovo istituto.

Le norme, come è noto, vivono nei Tribunali, mostrando non solo le proprie carenze e lacune, ma soprattutto le proprie potenzialità, permettendo alla novità legislativa di "prendere vita", per sottoporla al vaglio più importante: quello dell'applicazione ai casi concreti, riguardanti la vita delle persone interessate. Proprio per la convinzione che il "diritto vivente" costituisca il vero e unico banco di prova degli interventi innovativi del legislatore, specie se di così (potenzialmente) ampia portata, si è scelto di raccogliere tutte le sentenze pronunciate dal Tribunale di Genova, in composizione monocratica, dal momento di entrata in vigore dell'istituto fino ad oggi.

Tutte le sentenze qui raccolte sono state pronunciate in fase di dibattimento, ma ai lettori più attenti non sfuggiranno le poche sentenze di non doversi procedere in fase predibattimentale ex art. 469 comma 1 bis c.p.p. e art. 131 bis c.p.

La presente raccolta riguarda tutte le sentenze pronunciate dal Tribunale di Genova a norma della nuova disposizione. Si è scelto di procedere, per il momento, alla loro semplice raccolta, così da permettere a tutti gli operatori di conoscere gli orientamenti che stanno caratterizzando questa materia. Successivamente, verrà pubblicato un commento, in cui si cercherà di individuare e mettere in luce le "linee guida" che saranno individuate come portanti nell'evoluzione della materia presso il Tribunale di Genova, anche al fine di un confronto con le esperienze di altri Tribunali. • S e n t . 2297/2015: reato p. e p. artt. 476-482 c.p. – *"Sulla base di tali elementi, può essere riconosciuta la non punibilità per particolare tenuità del fatto, ex art. 131 bis cp, posta la modesta portata offensiva della condotta, ingenua ai limiti della inoffensività, e posta la occasionalità del fatto (l'imputata è incensurata)* – assoluzione per fatto commesso da persona non punibile per particolare tenuità del fatto- (Fattispecie in cui l'imputata presentava agli uffici postali una ricevuta di avvenuto versamento su conto corrente postale, paleamente contraffatta e recante indicazione di dati errati, per una somma di euro 7.102 che la stessa chiedeva di ritirare)

- Sent. 2302/2015: reato p. e p. art. 648 (capo A), 489 (capo B) e 640 c.p. (capo C: remissione querela) – *"L'offesa al bene tutelato risulta quindi particolarmente esigua, essendo il danno e il pericolo scaturiti dal reato estremamente limitati, mentre le modalità della condotta non paiono indicative di una spiccata dimestichezza con il reato, né il dolo risulta particolarmente intenso, atteso il ragionevole convincimento dell'imputato ad avere diritto a quel tagliando"* – assoluzione, diversamente qualificata la condotta come violazione art. 482-477 c.p., per fatto non punibile per la particolare tenuità – (Fattispecie in cui l'imputato aveva esposto un tagliando invalidi scannerizzato e con la data di scadenza modificata, della cui versione originale, intestata ad altra persona, era in possesso e stava utilizzando, debitamente riprodotta, nell'attesa di ricevere il proprio tagliando invalidi, di cui al momento risulta legittimamente in possesso)
- Sent. 2348/2015, sez. I: reato p. e p. art. 474, 648, 81 c.p. – *"in realtà, non vi sono elementi sufficienti per affermare che l'imputato, nel momento in cui ha acquistato la merce, avesse la consapevolezza della contraffazione del marchio. Non può escludersi infatti che S. al momento dell'ordine, non avesse neppure visto la merce "dal vivo", non avendo così potuto apprezzare in pieno le caratteristiche del prodotto e, comunque l'acquisto regolarmente fatturato dal produttore, poteva indurlo a credere che non fosse stato realizzato alcun illecito. (...) Pare quindi meglio adeguato alle circostanze del caso, qualificare la condotta come incauto acquisto anziché ricettazione, potendosi addebitare a S. un difetto di cautela, piuttosto che la deliberata volontà di trarre utile economico dall'acquisto di beni provenienti del delitto. (...) va però soprattutto valutato, ai fini del riconoscimento della particolare tenuità del fatto, l'elemento soggettivo dell'imputato che ha acquistato quel prodotto con marchio contraffatto, in numero molto ridotto e unitamente a molti altri prodotti del tutto regolari, il che sembra escludere uno specifico intento speculativo e, per di più con fattura, e d ha poi esibito la merce in modo ben visibile, in un mercato cittadino il che, come si è detto, consente di dubitare che egli avesse piena consapevolezza dell'illiceità del prodotto. (...) Paiono quindi rispettati tutti i requisiti di cui all'art. 131 bis c.p., il limite di pena, la condotta attuata senza particolari malizie, l'esiguità del danno e del pericolo, la limitata intensità del dolo"* – assoluzione per condotta non punibile per particolare tenuità del fatto – (Fattispecie in cui l'imputato veniva segnalato dalla GdF per aver esposto per la vendita, durante una fiera, costumi da bagno recanti la riproduzione dell'immagine del marchio "Sundek", maldestramente e palesemente contraffatta, acquistati da un regolare fornitore insieme ad altra merce)
- Sent. 2383/2015: reato p. e p. art. 30 lett. h Legge 157 dell'I 1.02.1992, poiché deteneva nella propria abitazione un animale mammifero (*erinaceus europaeus*: riccio adulto) di cui è vietata la caccia – *"la condotta tenuta appare del tutto priva di caratteri di gravità anche se dalla*



- lettura degli atti si desume che il fatto sussiste, è illecito penalmente e l'imputata lo ha commesso.” – (Fattispecie in cui l'imputata veniva tratta a giudizio a seguito di opposizione a decreto penale, per aver dato da mangiare ad un riccio “inquilino” del suo orto)*
- Sent. 2547/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 e 110 c.p. – “*La condotta ha riguardato, per quanto è stato possibile accettare, un unico prodotto di valore estremamente modesto e non vi sono elementi, attesa l'assenza di precedenti e pendenze per fatti specifici, nonostante l'imputata non sia più giovanissima, per ritenere che non si sia trattato di fatto del tutto occasionale (...). Anche sotto il profilo dell'intensità del dolo, la posizione di P. merita un trattamento benevolo, attesa la minima offensività della condotta*” – con riguardo, invece, al coimputato, vista la presenza di un precedente specifico, si è ritenuta la non applicazione della predetta causa di non punibilità: “*riconoscere in questo caso la particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità pare in contrasto con lo spirito della mora che non sembra possa essere intesa come una sorta di depenalizzazione generalizzata di determinate categorie di reati che si mantengano al di sotto di soglie che il legislatore non ha peraltro ritenuto di indicare, ma impone di valutare, caso per caso, se il fatto, pur in sé modesto per l'entità del danno, possa essere ritenuto, nel suo complesso, di particolare tenuità*” – (Fattispecie di furto al supermercato in cui due uomini si impossessavano della bottiglia di liquore all'interno dell'esercizio per poi uscire, eludendo i controlli, e consegnare la stessa ad una donna che li stava aspettando)
  - Sent. 2597/2015: reato p. e p. artt. 483, 61 n. 2 e 640 c.p. – “*il fatto, valutato globalmente secondo i parametri di cui all'art. 133 cp, quanto a condotta ed effetti, può essere considerato di particolare tenuità. In particolare, l'imputato presente, oltre ad avere ammesso l'addebito e di essersi offerto di risarcire il danno, ha spiegato come i fatti abbiano all'origine una sua errata interpretazione della situazione obiettiva rilevante ai fini della concessione del permesso; inoltre, il danno economico complessivo è estremamente modesto (inferiore a € 300/00)*” – (Fattispecie in cui l'imputato aveva falsamente attestato la composizione del proprio nucleo familiare, al fine di ottenere un secondo permesso di parcheggio a tariffa agevolata)
  - Sent. n. 2495/2015: “*nel caso di specie può trovare applicazione il D. Lgs. 28/2015 applicabile ex art. 25,2 Cost. e art. 2 comma 2 cp anche a condotte realizzate prima della sua entrata in vigore. (...) Nel caso che ne occupa, la particolare tenuità 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 e reiterate.*” – (Fattispecie di abuso edilizio volontariamente demolito, nelle more dell'emissione del decreto penale di condanna. Revoca e assoluzione ex art. 131 bis)
  - Sent. n. 2595/2015: reato p. e p. art. 76 comma 3° del D. L.vo 159/2011 – (Fattispecie di violazione dell'obbligo di divieto di ritorno nel Comune di Genova – contravvenzione alla diffida – sussistenza illecito e assoluzione per particolare tenuità)
  - Sent. n. 2596/2015: reato p. e p. art. 483, 640 e 81 c.p. – “*il fatto, valutato globalmente secondo i parametri di cui all'art. 133 cp, quanto a condotta ed effetti, può essere considerato di particolare tenuità. In particolare, l'imputato, probatoriamente, risulta avere fruito del contrassegno in due sole circostanze; inoltre, il danno economico complessivo è estremamente modesto (ampiamente inferiore a € 300/00)*” – (Fattispecie di indicazione di falsa residenza per poter usufruire del diritto al tagliando per il parcheggio, riservato ai residenti)
  - Sent. n. 2600/2015: reato p. e p. art. 582 c.p. – (Fattispecie di lesioni al volto, procurate con uno schiaffo da un uomo ad una donna, con frattura del setto nasale – remissione querela)
  - Sent. n. 2601/2015: reato p. e p. art. 494 c.p. – (Fattispecie di falsa indicazione del guidatore al fine di evitare la sottrazione dei punti della patente)
  - Sent. n. 2780/2015, sez. II: reato p. e p. art. 5. D.Lgs. 10 marzo 2000 n. 74 – “*appare evidente la sostanziale ed oggettiva tenuità del fatto reato, atteso il lieve superamento della soglia minima di punibilità*” – sentenza di non doversi procedere ex art. 469 c.p.p. e art. 131 bis c.p. – (Fattispecie di doppia ipotesi di evasione di imposta per omessa presentazione dichiarazioni annuali minimamente sopra soglia)
  - Sent. n. 2799/2015: reato p. e p. art. 483 c.p., in relazione agli artt. 46 e 76 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 – (Fattispecie di falsa attestazione, in atto avente valore di autocertificazione, di assenza di bustine antimuffa nel carico di importazione in arrivo)
  - Sent. n. 2816/2015: reato p. e p. art 624 c.p. – (Fattispecie di furto ed occultamento di prodotti di igiene vari al supermercato, per un valore di circa € 45)
  - Sent. n. 2820/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 c.p. – (Fattispecie di furto ed occultamento di merce varia al centro commerciale Ipercoop, per un valore di circa € 28 – restituzione volontaria)
  - Sent. n. 2861/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624, 625 n. 2 c.p. – (Fattispecie di furto aggravato commesso dall'imputato rimuovendo l'etichetta da un paio di scarpe e indossandole, cercando di guadagnare l'uscita)
  - Sent. n. 2000/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 c.p. – (Fattispecie di furto di un paio di occhiali, di valore pari a circa € 28 – riconsegna volontaria alle casse a seguito di intimazione)
  - Sent. n. 2054/2015, sez. I: reato p. e p. art. 646 c.p. – (Fattispecie di appropriazione di un quadro sito nell'appartamento avuto in locazione – nella querela, il proprietario si doleva in realtà delle somme, per utenze e locazione, non pagate dall'inquilino, senza indicare il valore del quadro – la sentenza si riferisce poi al fatto che si tratta di sole due settimane non pagate, per “quantificare” il danno di speciale tenuità)



- Sent. n. 2055/2015, sez. I: reato p. e p. art. 483 c.p. – il Tribunale ritiene che, la distanza di tempo e il fatto di aver ottenuto un certificato dall’Ufficio preposto, in cui non risultava il precedente, risalente ai primi anni ’90, costituiscono elementi idonei a ritenere il fatto di particolare tenuità - (Fattispecie di falso per rilascio permesso ingresso area portuale, autocertificando, falsamente, la propria incensuratezza)
- Sent. n. 2056/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624, 61 n. 11 – (Fattispecie di furto al supermercato di una confezione di cibo surgelato, per un valore di circa € 4– riconsegna volontaria a seguito di tentativo di occultamento)
- Sent. n. 2003/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 c.p. – (Fattispecie di furto di bigiotteria per valore di circa €120- restituzione volontaria a seguito di intimazione )
- Sent. n. 2003/2015, sez. I: reato p. e p. art. 110, 624, 625 n. 2 c.p. – derubricazione in furto tentato, a norma di Cass. SS.UU. 17.4.2014 n. 52117 per incompletezza impossessamento e insussistenza sottrazione (Fattispecie furto oggettistica presso grande magazzino, per un valore di circa €60)
- Sent. n. 2097/2015, sez. I: reato p. e p. art. 81 cpv, art. 7 l. 386/90 – sentenza di non doversi procedere ex art. 469 c.p.p. e art. 131 bis c.p. - (Fattispecie di violazione divieto emissione assegni )
- Sent. n. 2153/2015, sez. I: reato p. e p. art. 494 c.p. – sentenza di non doversi procedere ex art. 469 c.p.p. e art. 131 bis c.p. - (Fattispecie di creazione di un falso account e- mail a nome di una “rivale in amore” per screditarla agli occhi dell’uomo contesto)
- Sent. n. 2560/ 2015, sez. II: reato p. e p. art. 624 c.p. – assoluzione seguente a derubricazione in furto tentato aggravato, perché la condotta è stata seguita dalla sorvegliante - (Fattispecie di furto di svariati oggetti al supermercato, per un valore di circa €40)
- Sent. n. 3108/2015: reato p. e p. art. 256 c. 1 lett. A d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 – (Fattispecie di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti speciali in assenza di idonea autorizzazione – deposito temporaneo superiore ad 1 anno e conferimento rifiuti riciclabili presso impianto non idoneo)
- Sent. n. 3148/2015, sez. I: reato p. e p. 646 c. 1 e c. 3, in relazione all’art. 61 n. 11 c.p. – (Fattispecie di abuso di prestazione d’opera consistita nella sottrazione di due delle scatole di gelati che stava trasportando)
- Sent. n. 3177/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624, 625 n. 2 c.p. – (Fattispecie furto oggettistica presso centro commerciale, per valore di 19€ - riconsegna volontaria superate la casse)
- Sent. n. 3214/2015, sez. I: reato p. e p. art. 612 e art. 339 c.p. – assoluzione per particolare tenuità motivata dal fatto che la minaccia si è esaurita in unico gesto privo di reale efficacia intimidatoria e potenzialità lesiva - (Fattispecie di minacce contro giocatori di calcio, brandendo un’asta di ferro)
- Sent. n. 3247/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 c.p. – (Fattispecie di furto in un negozio per un valore di circa € 30)
- Sent. n. 3263/2015, sez. I: reato p. e p. art. 612 c.p. – reato p. e p. art. 4 l. 110/75 – assoluzione per particolare tenuità motivata dal fatto che trattasi di fatto del tutto occasionale, di un breve gesto impulsivo, privo di reale offensività e non riconducibili ad un’effettiva capacità criminale dell’imputato - (Fattispecie di minaccia, brandendo una roncola, dopo averla portata, senza giustificato motivo, fuori di casa)
- Sent. n. 3235/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 c.p. – sentenza di non doversi procedere ex art. 469 comma 1 bis c.p.p. e art. 131 bis c.p. - (Fattispecie di furto al supermercato, per un valore di circa €7)
- Sent. n. 3309/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 c.p. – (Fattispecie di furto al supermercato per valore di circa €45)
- Sent. n. 3371/2015, sez. I: reato p. e p. art. 642 c.p. – Mancata indicazione del danno subito e relativa quantificazione da parte dell’assicurazione, ritenuta comunque non ostativa alla valutazione dell’offesa come di “lieve entità” - (Fattispecie di fraudolento danneggiamento dei beni assicurati, commesso per aver indicato falsamente nella relativa polizza la propria residenza, indicando Sanremo invece che Napoli, per la differenza di premio assicurativo esistente)
- Sent. n. 3398/2015, sez. I: reato p. e p. art. 388 c. 3 c.p. – assoluzione per particolare tenuità motivata sulla base del valore minimo dei beni sequestrati, della scarsissima intensità del dolo e dell’esiguità del danno provocato - (Fattispecie di sottrazione, da parte del custode, di beni sottoposto a sequestro)
- Sent. n. 3431/2015, sez. I: reato p. e p. art. 582 c.1 c.p. – lesione ritenuta di lieve entità, comportamento successivo riparatorio e collaborativo, soprattutto nei confronti della donna, occasionalità della condotta confermata dalle dichiarazioni della donna -(Fattispecie di lesioni con frattura di due dita della mano da parte di un uomo ai danni di una donna che, dopo il fatto, hanno continuato a convivere)
- Sent. n. 3437/2015, sez. I: reato p. e p. art. 4 L. 110/75 – (Fattispecie di illegittimo porto di un coltello, con lama di cm 25, all’esterno della propria abitazione)
- Sent. n. 3504/ 2015: reato p. e p. art. 4 L. 110/1975 – (Fattispecie di illegittima porto di una mazza da baseball all’esterno della propria abitazione)
- Sent. n. 3506/2015, sez. I: reato p. e p. art. 483 c.p. – (Fattispecie di falsa dichiarazione del luogo di dimora nella dichiarazione di residenza)
- Sent. n. 3538/2015, sez. I: reato p. e p. art. 125 c. 2 in relazione all’art. 79 c. 1 lett D D.P.R. 30 maggio 2002 n.



115 – assoluzione per particolare tenuità per esiguità somma non dichiarata e tenuità danno economico provocato - (Fattispecie di mancata comunicazione di variazione reddituale ai fini del mantenimento del beneficio del gratuito patrocinio, indebitamento mantenuto)

- Sent. n. 3584/2015: reato p. e p. art. 44 lett. B D.P.R. 380/01 – reato p. e p. art. 1818 c. 1 bis d.lgs 42/02 - (Fattispecie di violazione edilizia per nuova costruzione senza idoneo permesso e in zona sottoposta a vincolo paesaggistico-ambientale) – reato p. e p. art. 1161 Cod. della navigazione (fattispecie di violazione del vincolo demaniale per realizzazione nuove costruzioni senza autorizzazione) – assoluzione per particolare tenuità, motivata anche sulla base della tempestiva rimozione (avvenuta solo due giorni dopo il sopralluogo) effettuata dai proprietari
- Sent. n. 3594/ 2015: contravvenzione p. e p. art. 110 c.p. e art. 256 comma 1 D.lgs. 152/ 2006 (Fattispecie di illecita attività di raccolta e trasporto rifiuti non pericolosi, costituiti da materiale ferroso)
- Sent. n. 3668/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 e 625 c.p.- (Fattispecie di furto in un centro commerciale, per un valore di circa € 70)
- Sent. n. 3690/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 c.p. – (Fattispecie di furto al supermercato per un valore di circa € 36)
- Sent. n. 3858/2015, sez. I: reato p. e p. art. 624 e 625 n. 2 c.p.– derubricazione in tentato furto aggravato - (fattispecie di furto al supermercato, per un valore di circa € 34)

