

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE
Rivista quadriennale 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 Di mundo, 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.), Marzia Ceresola (M.CE.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cudia (F.CUD.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario 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.)

Hanno collaborato a questo numero

sezione di diritto civile:

Alessio Abbene (AL.AB.), Roberta Anania (R.A.), 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, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandì (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 Cavazzana (MK.C.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), 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, Serafina Funaro (SE.F.), Giovanna Galione (G.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Giuseppe Inglese (G.ING.), Viviana Isola, Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Lagana

(W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Patrizia Monferrino, 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 (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (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.), Fabio Toriello, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Jenny Verduci (J.V.), Giacomo Viotti, Fabio Zanoli (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.), Giovanna Cuzzola (G.CU.), Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari (D.F.), Maura Foglia (M.FO.), Alessia Fusco (A.FUS.), Sarah Garabello (SAR.G.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Francesca Paderno (F.P.), Maria Paola Pessagno, Luca Saguato, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Alessia Baldassarre (A.BAL.), Stefano Betti, Andrea Bodrato, Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), 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.)

sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, Giovanni Battista Gramatica, 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

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

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

- Corte d'Appello di Genova, 22 marzo 2013
- Con nota di Patrizia Monferrino,
La valutazione dell'adeguatezza dell'operazione finanziaria al profilo dell'investitore
- Obblighi informativi a carico dell'intermediario finanziario ed onere della prova*
- Giudice di Pace di Chiavari, 10 agosto 2013
- Con nota di Michele Marchesiello
A proposito della sentenza di Elisabetta

Massime

Documenti

- *Gli accordi patrimoniali nella crisi coniugale*
Andrea Fusaro **23**
- *Una quinta stagione per il conflitto d'interessi quale fattispecie civilistica*
Enrico Zanelli **31**
- *Diritti umani e diritti di famiglia: tra ONU, Carte Arabe, Carte Europee, un fronte sempre aperto, tra criticità e ambiguità*
Sergio La China **37**
- *Una lettura del César Birotteau di Honoré de Balzac*
Marco Baghino **42**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime

Documenti

- *Un problema sempre attuale: il significato della separazione dei poteri*
Giovanni Cofrancesco **47**

Sezione di diritto tributario

11

14

Massime

45

47

63

Sezione di diritto penale

Massime

67

Il Fatto e la sua Regola

- Tribunale di Sanremo, 15 aprile 2013
Con nota di Riccardo Calcagno,
Sottrazione di fiches al Casinò di Sanremo: alcuni rilievi critici in materia di concorso di persone nel reato **71**

Documenti

- *La mediazione penale presso l'Ufficio del Giudice di Pace. L'esperienza genovese*
Marco Cafiero, Andrea Guido, Mariarosa Lamanna **75**

L'Ordine degli Avvocati di Genova ringrazia



BANCA PASSADORE & C.
BANCA PRIVATA INDEPENDIENTE FONDATA NEL 1888

restaurant
YUAN

Via Ettore Vernazza, 8
16100 Genova
tel. 010 5702327
www.ristoranteyuan.com



Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 22 marzo 2013, n. 403 - Pres. Sangiulio - Rel. Realini (Avv.ti Cerniglia e Chiavelli) c. Banca S.p.A.

CONTRATTI bancari - intermediazione finanziaria - acquisto titoli obbligazionari Cirio - obblighi informativi a carico dell'intermediario - valutazione di adeguatezza dell'operazione - violazione - sussistenza.

(Art. 21 D.lgs. 58/98 - art. 29 Reg. Consob 11522/1998)

CONTRATTI bancari - intermediazione finanziaria - acquisto titoli obbligazionari Cirio - obblighi informativi a carico dell'intermediario - clausole di stile su moduli prestampati - dichiarazione confessoria - esclusione.

(Art. 21 D.lgs. 58/98 - art. 28 Reg. Consob 11522/1998)

CONTRATTI bancari - intermediazione finanziaria - acquisto titoli obbligazionari Cirio - obblighi informativi a carico dell'intermediario - profilo dell'investitore.

(Art. 28 Reg. Consob 11522/1998)

CONTRATTI bancari - intermediazione finanziaria - acquisto titoli obbligazionari Cirio - grave inadempimento agli obblighi informativi di cui all'art. 28 Reg. Consob n. 11522/1998 - risoluzione.

(Art. 1455 c.c.)

CONTRATTI bancari - intermediazione finanziaria - acquisto titoli obbligazionari Cirio - obblighi informativi a carico dell'intermediario - inversione dell'onere della prova.

(Art. 23 co. 6 D. lgs. 58/98)

CONTRATTI bancari - intermediazione finanziaria - acquisto titoli obbligazionari Cirio - conoscenza dello stato di insolvenza dell'Emittente - rilevanza.

L'intermediario finanziario non è mai esonerato dall'obbligo di valutare l'adeguatezza in concreto dell'operazione proposta, nemmeno nel caso in cui nel contratto di negoziazione e ricezione ordini (c.d. "contratto-quadro") l'investitore si sia rifiutato, ovvero abbia omesso, di fornire informazioni sui propri obiettivi di investimento e sulla propria propensione al rischio. In quest'ultimo caso, l'intermediario dovrà valutare l'adeguatezza dell'operazione sulla base di tutte le informazioni sull'investitore di cui sia in possesso, quali l'età, la professione e la presumibile propensione al rischio alla luce delle pregresse operazioni. (1)

L'adempimento dell'obbligo informativo a carico dell'intermediario finanziario è accettabile e valutabile esclusivamente mediante l'allegazione e la prova del contenuto e delle concrete modalità di trasmissione e conoscenza delle informazioni relative alla specifica operazione. Tale adempimento non può essere dimostrato mediante la sottoscrizione da parte del cliente di dichiarazioni generiche, unilateralmente predeterminate e predisposte in via generale su moduli prestampati relativi all'ordine di investimento. Le clausole di stile con cui la banca dà atto di avere fornito al cliente le informazioni necessarie e sufficienti

ai fini della valutazione della rischiosità dell'operazione non costituiscono idonea prova dell'assolvimento dell'obbligo informativo. (2)

La circostanza per cui il cliente investa abitualmente in titoli finanziari e/o abbia precedentemente investito in altri titoli ad elevato rischio non sono presupposti sufficienti a classificarlo come "investitore qualificato" e non esonerano pertanto l'intermediario dall'adempimento degli obblighi informativi posti a suo carico dalla legge. (3)

La totale omissione degli obblighi informativi prescritti per legge a carico dell'intermediario finanziario determina un inadempimento di non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altro contraente e giustifica la risoluzione del contratto di acquisto dei bond. (4)

In materia di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di intermediazione finanziaria, l'onere della prova è invertito, spettando all'investitore unicamente allegare l'inadempimento dell'intermediario e fornire la prova del danno e del nesso di causalità, anche sulla base di presunzioni, spettando invece all'intermediario provare sia di avere adempiuto alle specifiche obbligazioni poste a suo carico, sia di avere adottato la specifica diligenza richiesta. (5)

Gli obblighi informativi a carico dell'intermediario finanziario nel collocamento di titoli emessi dal Gruppo Cirio erano particolarmente stringenti a fronte della grave situazione economico-finanziaria in cui versava la Società emittente, attestata da fatti prossimi alla notorietà pubblica tali da rendere lo stato di insolvenza un evento prevedibile. (6)

Svolgimento del processo e motivi della decisione.

- Con sentenza del 6-24.11.2008, il Tribunale di Savona in composizione collegiale respingeva le domande degli attori dirette ad ottenere declaratoria di nullità del contratto di acquisto di obbligazioni Cirio Holding 6.25% 04 per l'importo di Euro 25.124,78 per violazione del T.U.I.F. e del Regolamento Consob, con condanna alla restituzione di tale somma oltre interessi legali o, in subordine, previo accertamento dell'inadempimento contrattuale della Banca convenuta, la sua condanna al risarcimento di tutti i danni, anche a titolo di responsabilità extracontrattuale. Avverso tale decisione proponevano appello i Signori XXX, deducendo diversi motivi di gravame al fine di ottenere l'accoglimento delle domande dispiegate nanti il Tribunale, in integrale riforma della sentenza impugnata, con vittoria delle spese processuali.

Si costituiva Banca S.p.A., chiedendo a sua volta il rigetto del gravame ed insistendo, nel denegato caso di accoglimento dell'appello avversario, nella originaria domanda risarcitoria per la condanna degli attori alla restituzione dei titoli e degli interessi percepiti. In data 27 settembre 2012, le parti precisavano le conclusioni e all'udienza collegiale del 28 febbraio 2013 si teneva la discussione orale.

La Corte ha preliminarmente stabilito che non risultano fondati i motivi di gravame con cui gli appellanti assumono che il Tribunale avrebbe dovuto dichiarare la nullità del contratto di acquisto delle obbligazioni Cirio Holding 6.25%04, in considerazione delle seguenti circostanze:

1. preliminarmente, non può ritenersi che al momento della transazione finanziaria in contestazione mancasse un valido contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento (cd. “contratto quadro”), posto che è pacifico che gli investitori avessero sottoscritto un contratto di negoziazione di valori mobiliari nel 1996 e che la circostanza per cui detto contratto non potesse logicamente contenere riferimenti alle disposizioni in tema di “contratto quadro” introdotte successivamente alla sua stipulazione dal T.U.I.F. di cui al D. Lvo n. 58/1998 non può affatto condurre alla conclusione della sua invalidità, essendo evidente che esso non avrebbe potuto che fare riferimento alle regole normative vigenti all’epoca della stipulazione e che successive innovazioni legislative in materia sarebbero andate automaticamente ad integrare la regolamentazione giuridica del rapporto contrattuale. Nella fattispecie in oggetto, sussisteva dunque un “contratto quadro” scritto riconducibile alla previsione dell’art. 18 D. Lvo 415/1996 e dell’art. 23 T.U.I.F.;
2. nemmeno può validamente ritenersi che l’operazione d’investimento in questione non derivasse da uno specifico ordine impartito dagli investitori ove si tenga conto che essi ricevettero conferma scritta dell’esecuzione del loro ordine di acquisto (fissato bollato) e tale acquisto venne inserito nel loro portafoglio titoli per anni senza che fosse negata/contestata la paternità dell’ordine;
3. nella specie paiono altresì inconferenti i richiami agli obblighi spettanti al soggetto che partecipa all’emissione di titoli e ad operazioni di sollecitazione all’investimento, posto che:
 - i) rispetto al caso concreto, occorre fare riferimento alla disciplina dettata dal T.U.I.F. e dal Regolamento CONSOB vigente prima delle modifiche introdotte a seguito del recepimento delle direttive comunitarie (direttiva MIFID) posteriormente all’insorgenza del rapporto contrattuale in contestazione, in base alle quali - conformemente a quanto statuisce autorevole pronuncia di legittimità (Cass. Civ. n. 18039/2012) è netta la distinzione tra la figura della “sollecitazione all’investimento” contemplata all’art. 94 T.U.I.F. e quella dei “servizi di investimento” descritta dall’art. 1 c. 5. T.U.I.F., servizi ricoprendenti l’attività di negoziazione (per conto proprio o di terzi) e la ricezione/transmissione degli ordini;
 - ii) tale distinzione e la riconducibilità dell’acquisto di titoli dalla banca/intermediaria finanziaria alla figura della negoziazione su base individuale sussistono anche nell’ipotesi in cui la banca, quale investitore professionale, abbia acquistato i suddetti titoli proprio allo scopo di rivenderli subito ai risparmiatori mediante negoziazioni effettuate in maniera sistematica, prima che i titoli siano emessi ufficialmente (nel cd. “grey market”), con l’effetto di trasferire sulla clientela il rischio del collocamento (unitamente a quello dell’insolvenza del soggetto emittente);
4. con riferimento alla doglianza degli appellanti relativa alla violazione dell’obbligo informativo dopo l’acquisto”, la Corte osserva che l’obbligo informativo della banca riguarda solo la fase “prodromica” all’esecuzione dell’ordine di acquisto impartito dal cliente (obbligo che, a giudizio della Corte, nel caso di specie non sarà ritenuto peraltro assolto), trattandosi di negoziazione di titoli già emessi da altri soggetti e non di sollecitazione all’investimento ex art. 94 T.U.I.F. e non esistendo, in

base al T.U.I.F. ed al regolamento attuativo, per le operazioni di negoziazione e custodia titoli l’obbligo di tenere informato il cliente sull’andamento di mercato dell’investimento effettuato, obbligo sussistente invece per i rapporti di cd. “gestione patrimoniale”;

5. quando la banca incorra in violazione degli obblighi informativi posti *ex lege* a carico dei prestatori dei servizi di investimento finanziario ed in favore dei clienti, tale inadempimento espresso in occasione della e relativo alla singola operazione di investimento integra responsabilità contrattuale giustificativa della risoluzione di tale contratto e non certo della pronuncia di sua nullità.

La Corte ritiene invece fondate le doglianze degli appellanti assumenti la responsabilità contrattuale della Banca per inadempimento dell’obbligo informativo nei confronti del cliente al momento della sottoscrizione dell’operazione d’investimento, per i seguenti motivi:

1. il Tribunale ha superato “superficialmente” tale questione, affermando in sostanza che nel sottoscrivere il contratto-quadro gli investitori non avessero inteso fornire informazioni sulla loro situazione finanziaria e sugli obiettivi di investimento, che l’investimento in contestazione fosse frutto di un’autonoma scelta dei clienti, che tali clienti, come dimostrato dal loro portafogli titoli, manifestassero come propria l’esigenza di realizzare “...una forte remunerazione del proprio risparmio” e che fossero consapevoli delle loro scelte d’investimento e dei correlativi rischi;
2. siffatto ragionamento del giudice di prime cure non è condiviso dalla Corte, posto che:
 - i) in primo luogo, come più volte ribadito dalla Suprema Corte, l’intermediario non è esonerato dall’obbligo di valutare, nella fase esecutiva del rapporto, l’adeguatezza dell’operazione nel caso in cui l’investitore, nel contratto-quadro, si sia rifiutato di fornire le informazioni sui propri obiettivi di investimento e sulla propria propensione al rischio, nel quale caso tale valutazione va condotta in base ai principi generali di correttezza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l’intermediario sia in possesso come, ad esempio, l’età, la professione, la presumibile propensione al rischio alla luce delle operazioni pregresse ed abituali, la situazione di mercato;
 - ii) in secondo luogo, l’obbligo dell’intermediario di assumere le informazioni è strumentale all’adempimento del suo obbligo di fornire allo stesso investitore, prima di effettuare qualunque operazione, un’informazione adeguata in concreto che soddisfi le specifiche esigenze del singolo rapporto nella fase esecutiva, tanto che ad un’operazione non adeguata può darsi corso solo a seguito di un ordine impartito per iscritto dall’investitore in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute;
 - iii) in terzo luogo, le circostanze che il cliente abitualmente investa in titoli finanziari e/o abbia precedentemente acquistato altri titoli ad elevato rischio non bastano a renderlo “investitore qualificato” ai sensi della normativa regolamentare dettata dalla CONSOB (Cass. Civ. n. 17340/2008 e n. 22147/2010) e non dispensano l’intermediario dall’adempimento dell’obbligo informativo posto a suo carico dalla legge;
3. La Corte censura l’incongruità delle sopra sintetizzate affermazioni del Tribunale, laddove finalizzate ad esclu-

- dere un inadempimento della Banca all'obbligo informativo, dovendo altrimenti paradossalmente giungersi all'inammissibile conclusione che il contenuto dell'obbligo informativo a carico dell'intermediario sia inversamente proporzionale al grado di rischiosità del titolo "trattato" con il cliente;
4. la Corte osserva inoltre che ai sensi dell'art. 23 comma 6 del T.U.I.F. *"nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta"* e richiama l'orientamento della Suprema Corte riguardo alle modalità di ripartizione dell'onere della prova in tale materia, spettando all'investitore allegare l'inadempimento dell'intermediario agli obblighi prescritti dalla normativa di riferimento, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni, spettando invece all'intermediario provare sia di avere adempiuto alle obbligazioni poste a suo carico di cui si contesta l'inoservanza, sia, sotto il profilo soggettivo, di avere agito con la specifica diligenza richiesta (Cass. Civ. n. 3773/2009, n. 22147/2010);
 5. nel caso sottoposto a giudizio non è stata fornita alcuna prova che la Banca avesse dato informazioni ed in particolare informazioni adeguate in concreto ai clienti, in adempimento delle previsioni di cui all'art. 29 comma 3 Delibera CONSOB n. 11522/98 e di cui al T.U.I.F. che all'art. 21 comma 1 lett. b) stabilisce che nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento i soggetti abilitati devono *"...acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati"*;
 6. la convenuta Banca non ha dedotto alcun mezzo di prova orale specificamente diretto a dimostrare che in occasione dell'ordine di investimento contestato essa avesse fornito concrete ed adeguate informazioni sulla tipologia dell'investimento e sul suo prevedibile rischio in relazione alle caratteristiche personali ed alla situazione finanziaria dei clienti;
 7. persino le clausole di stile prestampate sui moduli d'ordine (con cui la Banca dà atto di aver fornito ai clienti le informazioni necessarie e sufficienti ai fini della completa valutazione del grado di rischiosità dell'operazione) non possono reputarsi sufficienti a dimostrare l'adempimento dell'obbligo informativo a carico della banca. In tal senso, prima la Corte d'Appello di Firenze, con sentenza n. 306/2009, poi la Corte di Cassazione, con sentenza n. 11412/2012, hanno escluso che tali clausole fossero idonee a dimostrare l'assolvimento degli obblighi informativi a carico della banca intermediaria in base alla legge;
 8. la Corte assume convincenti le osservazioni espresse dalla Suprema Corte con la richiamata pronuncia n. 11412/2012, secondo cui l'adempimento dell'obbligo informativo in questione *"...è accettabile e valutabile esclusivamente sulla base delle concrete informazioni, relative al singolo contratto, fornite al cliente"*, che una dichiarazione sottoscritta dal cliente sul modulo prestampato relativo all'ordine di investimento non può affatto essere qualificata come confessione stragiudiziale, che *"...l'adempimento di un obbligo informativo in un settore negoziale quale quello dell'intermediazione finanziaria...non può mai essere dimostrato mediante la sottoscrizione di dichiarazioni generali, unilateralmente predeterminate e predisposte in via ge-*

nerale e modulare, essendo necessaria l'allegazione e la prova del contenuto e delle concrete modalità di trasmissione e conoscenza delle informazioni relative alla specifica operazione proposta";

9. l'Istituto di credito appellato - giudica quindi la Corte - non ha assolto l'onere di provare l'adempimento da parte sua degli obblighi informativi che gli facevano carico verso i clienti prima di dare corso all'ordine di investimento contestato, tenuto conto in particolare che i titoli oggetto di tale ordine avrebbero imposto alla Banca un elevato e particolare obbligo informativo, dal momento che, sulla base di fatti *"prossimi alla notorietà pubblica"*, a) il Gruppo Cirio presentava un alto indebitamento con il sistema bancario e nell'anno 2000 aveva registrato il peggior esercizio dal 1997 con un debito lordo di oltre due miliardi di euro ed un debito netto pari a circa 766 milioni di euro, b) l'emissione obbligazionaria verso la metà del 2000 per 150 milioni di euro da parte della Società Cirio Finance Luxembourg era finalizzata proprio a ridurre la sua esposizione debitoria verso le banche giunta a livelli insostenibili, esposizione che le banche creditrici cercavano di *"spostare"* in capo ai piccoli risparmiatori indirizzandoli all'acquisto di *bond* CIRIO, e che c) l'indebitamento del Gruppo CIRIO era da anni in progressione inarrestabile. In siffatto quadro, è palese che una banca, prima di *"piazzare"* *tranches* di tali titoli ai risparmiatori, avrebbe dovuto quantomeno informare preventivamente e chiaramente la clientela del rilevante indebitamento bancario del Gruppo CIRIO e della (non certo remota) possibilità che tale indebitamento si traducesse nel tempo in uno stato di insolvenza della Società emittente i titoli;
10. l'insolvenza del Gruppo Cirio, riconosciuta dal suo presidente nel novembre 2002, poteva a ragion veduta reputarsi un evento prevedibile in base all'andamento economico-finanziario del Gruppo, al quale evento le banche creditrici si erano *"preparate"* pure *"scaricando"* sulla clientela (soprattutto quella costituita da piccoli risparmiatori) parte dei titoli Cirio detenuti nel proprio portafoglio;
11. mentre l'operazione d'investimento in questione, per il suo contenuto e per il fatto che era avvenuta nel 2001 - quindi in prossimità della fase più critica di indebitamento e di insolvenza del Gruppo, esplosa con il *default* tra il 2002 e il 2003 - avrebbe imposto una corretta ed adeguata informazione preventiva ai clienti da parte della Banca, quest'ultima non ha affatto provato che i clienti avessero ricevuto una qualche informazione (tanto meno, corretta ed adeguata) prima che l'ordine di compravendita venisse eseguito;
12. pertanto, le conclusioni del Tribunale non ravvisanti alcun inadempimento da parte della Banca agli obblighi informativi nei confronti dei clienti in ordine alla menzionata operazione di investimento risultano prive di riscontro probatorio ed anzi smentite dalle risultanze processuali.

La totale omissione informativa riscontrata nel caso di specie si manifesta sufficiente a determinare l'inadempimento contrattuale della Banca (inadempimento sicuramente di non scarsa importanza ex art. 1455 c.c. avuto riguardo all'interesse dell'altro contraente, posto che l'assolvimento dell'obbligo informativo avrebbe potuto indirizzare la scelta del cliente verso altri, meno rischiosi prodotti finanziari) e a giustificare la risoluzione del contratto con cui venne effet-

tuato l'acquisto dei bond CIRIO, comportante per gli investitori la perdita del capitale investito per effetto del successivo *default* del Gruppo emittente.

La Banca che ha venduto i *bond* CIRIO agli appellanti è incorsa in palese violazione degli obblighi informativi prescritti dalle norme a carico dei prestatori dei servizi di investimento finanziario ed in favore dei clienti e tale inadempimento espresso in occasione del e relativo alla singola operazione di investimento integra responsabilità contrattuale giustificativa della risoluzione di tale contratto (Cass. Civ. Sez. Un. n. 26725/2007, Cass Civ. n. 11412/2012) e del risarcimento dei danni e non della pronuncia di sua nullità, invocata in via principale dagli appellanti. In accoglimento della domanda subordinata ed in integrale riforma dell'impugnata sentenza, la Corte d'Appello dichiara risolto, per inadempimento della Banca S.p.A., il contratto di compravendita di obbligazioni CIRIO HOLDING 6,25% 2004 per il valore nominale di Euro 25.000,00 intervenuto il 5.2.2001 tra detta Banca S.p.A. e i Signori XXX, con condanna della prima alla restituzione in favore dei secondi della somma di Euro 25.124,78 (prezzo complessivo versato per l'acquisto come risultante dal fissato bollato di "eseguito"), oltre, trattandosi di debito di valuta, agli interessi legali dal giorno 15.2.2001 (giorno di valuta per l'addebito sul conto corrente dei clienti del prezzo di acquisto dei *bond*) sino al saldo.

Non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria degli appellanti, posto che:

- i) essi non hanno dimostrato l'esistenza di alcun specifico detimento patrimoniale da considerarsi ulteriore rispetto all'esborso del prezzo per l'acquisto dei titoli in questione,
- ii) i *bond* Cirio de quibus hanno comunque loro assicurato nel febbraio 2002 una cedola di oltre Euro 1.000,00 di interessi (che non devono essere restituiti alla Banca S.p.A. attesi i principi in tema di possesso in buona fede dei frutti civili),
- iii) la banca intermediatrice finanziaria non può essere considerata alla stregua di un'assicuratrice della "fruttosità" di un investimento né tenuta a garantire rendimenti che un diverso più proficuo investimento avrebbe consentito ma - allorchè ritenuta responsabile di inadempimenti nei confronti dei clienti/investitori - obbligata a restituire gli importi incamerati.

Attesi gli effetti retroattivi di cui all'art. 1458 c.c., va accolta la domanda riconvenzionale subordinata della Banca convenuta di condanna degli appellanti alla restituzione in favore della Banca S.p.A. dei titoli obbligazionari oggetto del contratto risolto.

Non può invece essere accolta l'ulteriore domanda riconvenzionale subordinata della convenuta di condanna degli appellanti alla restituzione degli interessi percepiti su tale investimento, posto che - dovendosi ricondurre alla figura del possessore di buona fede l'investitore che gode i frutti del suo investimento prima che emergano inadempimenti contrattuali dell'intermediario finanziario relativi all'operazione di investimento e prima che sia proposta domanda giudiziale da parte dell'investitore - risulta nella specie applicabile l'art. 1148 c.c.; deve quindi escludersi che, in caso di risoluzione del contratto di acquisto, l'investitore debba restituire i frutti maturati anteriormente alla domanda giudiziale riconvenzionale per le restituzioni.

P.Q.M.

La Corte d'Appello, ogni diversa o contraria domanda, eccezione e deduzione disattesa e reietta, definitivamente pro-

nunciando, in riforma della sentenza fra le parti pronunciata in data 6/24.11.2008 dal Tribunale di Savona in composizione collegiale ed in accoglimento dell'appello dei Signori XXX, dichiara la risoluzione, per inadempimento della Banca S.p.A., del contratto di compravendita di obbligazioni CIRIO HOLDING 6,25% 2004 per il valore nominale di Euro 25.000,00 intervenuto il 5.2.2001 tra detta Banca S.p.A. ed i suindicati appellanti; dichiara tenuta e condanna l'odierna appellata Banca alla restituzione, in favore degli appellanti, della somma di Euro 25.124,78, oltre agli interessi legali dal giorno 15.2.2001 sino al saldo; respinge nel resto l'appello in esame; dichiara tenuti e condanna gli appellanti alla restituzione, in favore della appellata Società, dei titoli obbligazionari oggetto del contratto risolto (... *omissis...*).

(1-2) La valutazione dell'adeguatezza dell'operazione finanziaria al profilo dell'investitore.

In ossequio al dettato normativo dell'art. 21, comma 1, lett.

a) T.U.I.F. che impone agli intermediari di operare in modo che i clienti siano sempre "adeguatamente" informati, l'art. 29, comma 1, del Regolamento CONSOB n. 11522/98, nell'intento di rafforzare i doveri di assistenza e collaborazione, vieta di effettuare e/o consigliare operazioni non adeguate al profilo dell'investitore (*c.d. Suitability rule*).

Per assolvere correttamente all'obbligo di valutazione dell'adeguatezza, gli intermediari devono acquisire dai clienti notizie in merito alla loro conoscenza ed esperienza dei mercati finanziari, alla rispettiva situazione finanziaria e agli obiettivi di investimento. A tal fine, *l'intermediario tiene altresì conto delle informazioni raccolte ai sensi dell'art. 28, comma 1, lett. a)*, Regolamento Intermediari e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati, relativa sia al cliente che agli strumenti finanziari oggetto dei servizi medesimi" (Comunicazione Consob n. 30396/2000). Occorre poi verificare se lo specifico prodotto e/o la specifica operazione consigliata corrispondano in concreto agli obiettivi di investimento del cliente, il quale deve possedere la necessaria esperienza per comprenderne le caratteristiche ed essere in grado di sopportarne finanziariamente i rischi.

Nella sentenza in esame, la Corte d'Appello genovese ha affrontato una problematica strettamente correlata al rispetto dell'obbligo di valutazione dell'adeguatezza da parte dell'intermediario finanziario statuito all'art. 29 del Regolamento CONSOB, vale a dire le regole di condotta cui deve attenersi la banca qualora il cliente non abbia fornito le informazioni richieste per tale indagine. Sul punto, il dettato normativo dell'art. 28, comma 2 del succitato Regolamento prevede che "*L'eventuale rifiuto [dell'investitore] a fornire le notizie richieste deve risultare da contratto [...] ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore*". Nel caso in oggetto, la Corte, richiamandosi alla pronuncia di legittimità n. 18039/2012, ha statuito che, in ossequio ai principi generali di correttezza e trasparenza, l'intermediario è sempre tenuto ad assumere le informazioni finanziarie indispensabili alla suddetta valutazione anche nel caso in cui l'investitore si rifiuti od ometta di rilasciarle, dovendo in questo caso tenere conto di ogni notizia utile desumibile dai dati in suo possesso, quali l'età e la professione del cliente, la tipologia e la consistenza di eventuali precedenti investimenti da cui dedurre la sua probabile propensione al rischio, nonché la situazione corrente del mercato. In tal modo, è stato confermato l'orientamento maggioritario in materia a tutela dell'investitore, secondo il quale l'intermediario non può

mai considerarsi sollevato dall'obbligo di fornire - prima di effettuare una transazione finanziaria - *“una informazione adeguata in concreto”*, anche allorché il cliente si sia volontariamente rifiutato di sottoporsi all'indagine conoscitiva sul proprio profilo finanziario e sui relativi obiettivi di investimento.

La predetta regola di condotta, d'altronde, si inserisce in una interpretazione ancora più rigorosa dell'ambito di esonero dell'intermediario dagli obblighi informativi su di esso gravanti e, in particolare, quello imposto dalla *suitability rule*, posto che la giurisprudenza di merito e di legittimità sono concordi nell'affermare che, qualora i risultati di detta indagine conducano a rilevare profili di inadeguatezza dell'operazione in procinto di essere eseguita, la rappresentazione all'investitore da parte dell'intermediario di detta inadeguatezza deve essere corredata dall'indicazione delle “ragioni” giustificative di tale giudizio, non essendo al riguardo sufficiente né *“un'avvertenza di inadeguatezza dell'operazione formulata in maniera generica e formale”* in quanto non è tale da *“porre il cliente in grado di comprendere l'effettiva portata dell'operazione posta da lui in essere, e la sua diffidenza rispetto ai propri obiettivi di investimento ed al proprio profilo di rischio”* (Corte d'Appello di Torino, n. 615/2012); né *“la sottoscrizione da parte dell'investitore di un modulo non idoneo a renderlo particolareggiatamente edotto dell'alta rischiosità dei titoli che si apprestava a negoziare”* (Corte d'Appello di Milano, n. 547/2011).

Per quanto concerne il mancato rispetto dell'obbligo informativo sulla tipologia ed i rischi dell'investimento oggetto del giudizio, la Corte, richiamandosi alla sentenza di Cassazione n. 11412/2012, ha negato la possibilità di ritenere provato l'adempimento a tale obbligo da parte dell'Istituto di credito mediante la produzione dei moduli di ordine di acquisto recanti clausole di stile prestampate con cui la banca dà atto di avere fornito ai clienti le informazioni necessarie e sufficienti ai fini della completa valutazione del grado di rischiosità dell'operazione, clausole, appunto, che non garantiscono l'effettività dell'informazione e la cui sottoscrizione da parte del cliente non può ritenersi confessione stragiudiziale sull'adempimento agli obblighi informativi a carico dell'intermediario.

Correttamente la Corte esclude la valenza di confessione stragiudiziale alla dichiarazione resa dal cliente, su un modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza della rischiosità dell'investimento e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo di investitore, *“in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo”* (vedi oltre alla pronuncia n. 11412/2012 della Suprema Corte richiamata in sentenza, anche Cass. Civ. n. 6142/2012).

In caso di operazione non adeguata per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione, la semplice dichiarazione di *“non adeguatezza”*, spesso prestampata, apposta sull'ordine di acquisto del cliente viene considerata dalla giurisprudenza prevalente (*ex multis*, Cass. Civ., n. 3773/2009) assolutamente insufficiente ed inidonea a rappresentare l'adeguata informazione prescritta, *“poiché l'ampiezza dell'espressione utilizzata non consente di formare una reale consapevolezza in ordine alla natura dell'operazione ed al rischio ad essa collegato”* (Trib. Lecce, n. 1105/2006), essendo invece richiesto il riferimento preciso *“alle ragioni per cui non è opportuno procedere all'esecuzione”* (Corte d'Appello di Milano, n. 1094/2009).

La legge richiede infatti che ognuna delle cause per le quali

l'operazione può stimarsi inadeguata deve essere specificamente posta all'attenzione dell'investitore e spiegata nel suo contenuto, onde porre l'investitore medesimo nella condizione di valutare al meglio l'opportunità di procedere o meno all'investimento.

(3-6) Obblighi informativi a carico dell'intermediario finanziario ed onere della prova.

Il legislatore, consapevole della complessità della disciplina dei mercati finanziari e dell'ineliminabile *gap* informativo esistente tra chi produce/offre gli strumenti finanziari e chi invece è sollecitato ad acquistare detti prodotti, i cd. clienti *retail*, ha *“regolamentato”* le funzioni e l'attività dell'intermediario finanziario, il cui compito è appunto quello di porre in condizione i clienti di effettuare investimenti consapevoli e ponderati.

Ai soggetti abilitati all'intermediazione finanziaria, il T.U.I.F. impone pertanto il rispetto di determinati *“criteri generali”* nella prestazione di servizi ed attività di investimento (artt. 21 e ss.), criteri che si traducono nella scrupolosa osservanza di specifici doveri di *disclosure* nei confronti del cliente, volti a superare la ben nota *“asimmetria informativa”* che connota l'operatività dei diversi soggetti sui mercati finanziari.

Detti criteri generali, richiamando principi di diritto comune quali quelli di buona fede, di correttezza e di diligenza, comportano l'obbligo per l'intermediario - onde correttamente ottemperare al dovere di proteggere l'interesse dei clienti - di fornire all'investitore, anche in assenza di sollecitazioni dell'investitore medesimo in tal senso, *“informazioni complete, obiettive, intelligibili in ordine agli elementi rilevanti del rapporto, del servizio, degli strumenti finanziari”* (così, Cass. Civ., n. 17340/2008).

La disciplina degli obblighi informativi, finalizzata alla completa trasparenza delle relazioni tra intermediari e clienti, trova nell'art. 21 T.U.I.F. preciso riferimento normativo: il primo comma, lett. b), prevede che gli intermediari debbano *“acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati”*, instaurando un duplice flusso di dati ed informazioni, vale a dire quelle trasmesse dal risparmiatore/investitore all'intermediario e/o da questi prontamente ricercate e quelle provenienti dall'intermediario nei confronti del cliente.

La tutela dell'investitore, quindi, a fronte della difficoltà e scarsa comprensibilità della materia finanziaria, è assicurata mediante la **responsabilizzazione dell'intermediario**, al quale il T.U.I.F. ed il Regolamento attuativo impongono una nutrita (e ben scandita) serie di comportamenti da tenere nei confronti del cliente, tra cui rivestono particolare rilievo quelli di: a) assumere informazioni relative al profilo personale (cd. *Know your customer rule*); b) di portare il risparmiatore a conoscenza di tutti gli elementi che caratterizzano i suoi investimenti (cd. *Know your merchandise rule*); c) di formulare e rappresentare al medesimo un giudizio di adeguatezza o inadeguatezza dell'investimento (cd. *Suitability rule*); d) di astenersi comunque dall'effettuare operazioni che l'intermediario stesso ritenga non adeguate.

In merito alla cd. *“profilatura di rischio”* dei clienti, che tra l'altro deve essere progressivamente *“aggiornata”*, la Corte non ha condiviso le argomentazioni del Tribunale di Savona che in primo grado aveva ritenuto non sussistente l'adempimento della Banca convenuta al suddetto obbligo informativo, in quanto esonerato da tale obbligo nei confronti di clienti suscettibili di essere considerati *“investitori qualificati”*. La Corte d'Appello ha invece stabilito che l'Istituto

di credito appellato avesse integralmente omesso di assumere tutte le informazioni rilevanti al fine della corretta individuazione delle conoscenze economico-finanziarie degli appellanti e dei loro obiettivi di investimento, attribuendo loro erroneamente la qualifica di "investitore qualificato" per il solo fatto che essi avevano in precedenza dato corso ad investimenti in titoli finanziari, anche se ad elevato rischio, e ritenendo per siffatta circostanza di essere sollevato dall'obbligo di fornire loro un'informazione adeguata in concreto sull'operazione proposta.

Infine, preso atto del mancato assolvimento dell'onere di provare l'adempimento agli obblighi informativi da parte della Banca appellata, la Corte ha inteso evidenziare la particolare rilevanza di tale obbligo in relazione ai titoli oggetto della negoziazione, vale a dire obbligazioni emesse dal Gruppo Cirio e vendute agli appellanti nel 2001, in prossimità della fase critica di indebitamento e di insolvenza della Società. Sul punto, i giudici hanno riconosciuto la notorietà pubblica alle informazioni inerenti l'esposizione debitoria della Cirio e la specifica rischiosità di insolvenza ad essa connessa, circostanze che avrebbero dovuto essere oggetto imprescindibile di una preventiva, corretta ed adeguata informazione da parte della banca intermediaria nei confronti degli investitori.

Nel caso sottoposto al vaglio della Corte d'Appello genovese, è stata riconosciuta la grave violazione da parte della Banca convenuta agli obblighi informativi su di essa gravanti in quanto intermediario finanziario negoziatore dei titoli oggetto della dogianza, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo, tale da avere compromesso l'equilibrio contrattuale tra le parti. Nessun dubbio può essere ragionevolmente opposto in merito all'importanza dell'inadempimento della Banca convenuta ai sensi dell'art. 1455 c.c., vista la rilevanza che gli obblighi informativi (in particolare, quelli inerenti l'inadeguatezza della transazione) assumono in riferimento all'interesse dell'investitore di effettuare operazioni che comportano assunzione di rischio nel modo più consapevole possibile.

Alla luce delle suddette argomentazioni, la Corte d'Appello di Genova ha quindi ritenuto sussistente il grave inadempimento dell'Istituto di credito appellato agli obblighi informativi su di esso gravanti ai sensi della normativa di settore di cui al T.U.I.F. e al Regolamento Consob n.11522/1998. Accogliendo l'appello proposto dagli investitori in riforma della sentenza di prime cure, la Corte ha dichiarato la risoluzione per inadempimento ex art. 1455 c.c. del contratto di compravendita delle obbligazioni Cirio, in conformità all'orientamento della Suprema Corte in tema di intermediazione finanziaria, che ravvisa nella violazione dei doveri di informazione del cliente una responsabilità contrattuale a cui consegue la risoluzione del contratto di acquisto dei titoli negoziati (Cass. Civ., Sez. Un., n. 26724/2007, Cass. Civ., n. 11412/2012 e n. 22147/2010).

Patrizia Monferrino
Avvocato, Foro di Genova

Giudice di Pace di Chiavari, 10 agosto 2013, n. 255 - Giudice Minniti - Del Signore (Avv. Tortorelli) c. Idrotigullio s.p.a. (Avv.ti Anselmi, Bertone, Lamberti).

COSTITUZIONE della Repubblica italiana - referendum abrogativo di norma di legge - effetti.

(Art. 75 Cost.)

ACQUE pubbliche e private - contratto di servizio idrico integrato - referendum abrogativo di norma di legge - obbligo di restituzione della quota indebita di tariffa idrica relativa alla norma abrogata - sussistenza.

(Art. 2033 c.c.)

L'esito referendario del giugno 2011, con il quale è stata abrogata la voce di tariffa relativa al costo per la remunerazione del capitale investito, è atto normativo di efficacia diretta a seguito della promulgazione da parte del Presidente della Repubblica, al quale sono tenuti a dare applicazione l'autorità giudiziale e tutti gli organi dell'amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni normative strettamente connesse al quesito referendario in quanto recanti norme contrastanti con la volontà abrogativa popolare. (1)

Atteso che il rapporto d'utenza del servizio idrico integrato ha natura di contratto di durata a prestazioni continuative, l'esito referendario del giugno 2011, con il quale è stata espunta dalla tariffa la voce di costo per la remunerazione del capitale investito, investe il programma contrattuale intercorrente tra le parti con conseguente obbligo del gestore di restituire quanto versato indebitamente dall'utente a titolo di remunerazione del capitale tra il 21 luglio 2011 ed il 31 dicembre 2011, il tutto secondo la percentuale di remunerazione del capitale indicata nel vigente Piano d'ambito. (2)

(Nel caso di specie un utente del servizio idrico ha domandato la restituzione dell'importo di € 21,09 a titolo di quota indebita delle bollette del secondo semestre 2011 attribuibile alla remunerazione del capitale investito dal soggetto gestore del servizio. Il giudice, riconoscendo l'immediata precettività dell'esito referendario del 12-13 giugno 2011 che ha espunto dall'ordinamento la componente di remunerazione del capitale sulla tariffa idrica, ha accolto la domanda dell'utente).

S.VGN.

(...Omissis...)

8. (...Omissis...) La Disamina dell'istituto del Referendum abrogativo, alla luce del quadro normativo di riferimento e delle pronunce giurisprudenziali della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato, fa propendere per la tesi di un chiaro ingresso di tale istituto nella normativa vigente, al pari delle altre norme giuridiche legislativamente formulate dal nostro sistema parlamentare.

In particolare nel nostro ordinamento il ricorso al referendum è consentito dall'art. 75 della Costituzione (...Omissis...). Ne consegue che tutte le leggi interne o anche e, soprattutto, i provvedimenti provvedimenti amministrativi che eventualmente disattendessero le norme *de quibus si profilerebbero viziati da illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 75 della Costituzione.*

(...Omissis...)

11. Stante quanto sopra appare opportuno ricordare che i rapporti tra le fonti sono per lo più ordinati secondo i criteri di gerarchia per cui le fonti sono graduate in una scala gerarchica in cui la fonte di grazia inferiore non può mai modificare la norma di rango superiore né abrogarla.

In tale prospettiva sono atti di formazione secondaria, rispetto alle leggi e agli atti aventi forza di legge (tra cui si annovera anche il referendum abrogativo), tutti gli atti espressione del potere normativo della pubblica Amministrazione (Governo, Ministri e Prefetti) o di altri enti pubblici (enti territoriali e non) e delle Autorità Indipendenti. Tali fonti non possono derogare né contrastare tutti gli atti

legislativi ordinari (fonti primarie) a meno che il Parlamento autorizzi il potere amministrativo a disciplinare le materie non coperte da riserva assoluta di legge.

12. Orbene l'AEEG (autorità per l'energia elettrica e il gas) è un organismo indipendente che coane tutte le altre Autorità Indipendenti è frutto della recente e progressiva recessività del metodo della gestione diretta dei servizi pubblici da parte dello Stato o dell'intervento pubblico nella partita economica. Il compito che istituzionalmente le è stato conferito è quello, appunto, di tutelare gli interessi dei consumatori e di promuovere la concorrenza, l'efficienza e la diffusione dei servizi con adeguati livelli di qualità attraverso l'attività di regolazione e di controllo. Ma analogamente a tutte le altre Autorità Indipendenti la natura amministrativa di detti organismi e degli atti che da esse emano è stata ribadita con forza da un recente arresto della Corte di Cassazione (Cass., sez. I civ., 20.05.2002 n. 73).

13. Dalle considerazioni che precedono, allora, si deve affermare che l'esito referendario del giugno 2011, con il quale è stata abrogata dalla tariffa la voce di costo "remunerazione del capitale investito", è atto nativo di efficacia diretta a seguito della promulgazione presidenziale del 18.07.2011 al quale sono tenuti a dare applicazione non soltanto l'autorità giudiziale nazionale ma anche tutti gli organi dell'amministrazione nazionale e gli operatori giuridici in senso ampio. L'attuazione delle norme di legge non è un potere esercitabile in via, per così dire, facoltativa ma un dovere in senso stretto del termine, in quanto gli atti di espressione del potere normativo della Pubblica Amministrazione sono fonti di natura secondaria nella gerarchia delle fonti per cui essendo di grado inferiore mai possono modificare, non applicare o abrogare, seppure tacitamente, una fonte di grado superiore, qual è appunto il referendum abrogativo, per quanto sopra indicato, al pari delle leggi approvate dal Parlamento.

(...*Omissis...*)

16. La società Idrotigullio Spa gestisce in regime di salvaguardia il servizio idrico integrato. È una società per azioni che si è convenzionalmente obbligata verso l'Autorità d'Ambito e la Provincia a fronte della concessione per la gestione del servizio idrico. Ora se è vero che per prassi economica la Pubblica Amministrazione espleta le proprie funzioni pubblicistiche anche attraverso soggetti aventi natura di diritto privato, tuttavia l'attività privata non può essere mai espressione di un diritto di libertà del mercato ma è sempre vincolata al rispetto dei fini istituzionali e, dunque, funzionale al perseguitamento dell'interesse pubblico in quanto volta alla cura concreta di quest'ultimo La Pubblica Amministrazione si limita ad offrire la gestione di un bene pubblico. Il soggetto privato che accetta l'offerta garantisce che tale gestione sia svolta nella logica della copertura del rischio oltre che del profitto ma la logica del profitto non può sacrificare il diritto del privato a vedersi restituire quanto indebitamente pagato in virtù di una valutazione legislativa/politica referendaria validamente riconosciuta dalla Costituzione. In caso contrario, nella commistione tra organismi di diritto pubblico e organismi di diritto privato determinatasi dall'ingresso nell'economia delle nuove figure pubblico/private a cui la Pubblica Amministrazione ha delegato la gestione dei beni pubblici, si finirebbe a far prevalere la logica del profitto anche al solo fine di salvaguardare le condizioni contrattuali fissate in sede di appalto/atto concessorio. Ma in tal senso, nel caso di specie, finiremmo per rendere un bene pubblico, quale quello dell'acqua, un bene esclusivamente privato e ciò in contrasto con gli arti. 822 e 823 c.c. e,

quindi, si procederebbe di fatto ad una abrogazione, per ragioni squisitamente economiche/imprenditoriali, di norme di legge. In particolare si rammenta che l'art. 823 c.c. dispone "i beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei rodi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano". Dalle leggi appunto, tra i quali va annoverato, per quanto detto, il referendum abrogativo, e non da atti amministrativi, quali possono essere le deliberazioni dell'AEEG o le decisioni delle AATO.

17. D'altra parte nella logica imprenditoriale è una costante il rischio d'impresa, determinato da molteplici fattori, tra cui l'andamento dei consumi, l'incidenza delle scelte economiche/politiche nazionali ed internazionali sull'andamento del mercato, la reperibilità delle materie prime, il costo del lavoro ecc. Non si comprende, allora, perché da tale rischio debbano essere esentate le società private che hanno liberamente scelto di gestire in regime privatistico beni di natura pubblica.

18. In conclusione dalle considerazioni che precedono segue che la domanda dell'attrice va senz'altro accolta, con condanna della convenuta alla restituzione ai sensi dell'art. 2033 c.c. di quanto versato dall'attrice a titolo di remunerazione del capitale dal 21.7.2011 e indebitamente trattenuto da Idro Tigullio SpA. (...*Omissis...*)

(1-2) Nota.

A proposito della sentenza di Elisabetta.

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *Sulla natura dei referendum abrogativi.* - 3. *Il referendum nella 'gerarchia' delle fonti.* - 4. *Economicità, efficienza e concorrenza nell'assegnazione delle concessioni di servizi pubblici aventi rilevanza economica.*

1. Premessa.

Non sempre l'importanza di una sentenza corrisponde all'autorevolezza del giudice che la pronunzia.

Nel caso in esame, la decisione del giudice di pace di un tribunale dichiarato soppresso, quello di Chiavari, riveste un valore - e suscita problemi - che giustificano in pieno l'attenzione da parte dei giuristi pratici e di quelli che si dedicano alla costruzione ininterrotta della dottrina.

Il caso di Elisabetta (dal nome della utente che ha citato il giudizio il gestore locale del servizio idrico) sottopone ai giuristi, in parte rispondendovi, una serie di quesiti concernenti la natura dei referendum abrogativi (art.75 Cost.); la collocazione del loro esito tra le fonti di diritto previste dal nostro ordinamento; il rapporto tra fonti primarie e fonti secondarie; 4) la rilevanza "economica" di un servizio pubblico quale quello consistente nell'erogazione del "bene" acqua; la necessità di coordinare l'ordinamento nazionale alle previsioni dell'ordinamento comunitario; il significato da attribuire al termine "concorrenza" nell'assegnazione delle concessioni di servizi pubblici aventi rilevanza economica; la stessa possibilità di configurare un'attività economica di impresa privata alla quale sia di massima inibito il conseguimento - attraverso il meccanismo tariffario - di una sia pure ragionevole remunerazione del capitale investito; i criteri che devono presiedere alla formazione delle tariffe da applicarsi a un servizio tendenzialmente "universale". Come è evidente, si tratta di una serie più che corposa di questioni, evidenziate, più che risolte, dalla sentenza sul "caso Elisabetta".

2. Sulla natura dei referendum abrogativi.

Come è noto, quella "abrogativa" è la sola forma di democrazia diretta voluta come eccezione all'interno di un sistema

di democrazia rappresentativa delineato dai Costituenti (cfr. C.Cost. sentenza 199/2012).

Pur entro questo limite (solo recentemente superato in talune legislazioni delle Regioni a Statuto Speciale), il referendum è stato ulteriormente circondato da alcune “eccezioni all’eccezione” (art. 75 Cost., II comma) e munito - infine - di una serie di ulteriori ostacoli che ne rendono estremamente difficile e aleatoria la pratica: primo tra tutti quello del “quorum” di partecipazione fissato nella maggioranza degli aventi diritto al voto.

Al di là di questa dimensione costituzionale, la sostanziale ostilità nei confronti dell’istituto è segnata - sul piano politico e dell’esperienza concreta - dall’assenza di una garanzia effettiva circa il rispetto del risultato conseguito nell’urna, quanto meno per un determinato periodo di tempo. La decisione “abrogativa” è destinata così a restare, come si è detto “senza tutore”, in contesti dominati da attori politicamente forti e legittimati a legiferare in base a maggioranze parlamentari costituite sulla base di interessi non sempre coincidenti con la volontà popolare espressa attraverso il meccanismo referendario. E’ questo il caso dell’abrogazione, nel testo dell’art. 154, comma 1, D. Lgs. 152 del 2006, del riferimento al fattore di calcolo della tariffa corrispettiva del servizio idrico integrato, costituito dall’adeguatezza della remunerazione del capitale investito, con la conseguente necessità di espungere dalle tariffe applicate dai gestori del servizio la percentuale corrispondente alla voce “*remunerazione del capitale investito*”. Caso reso ancora più peculiare e significativo dal fatto che i gestori e le Autorità di Ambito Territoriale - anziché farsi forti di un nuovo intervento legislativo ripristinatore della voce di calcolo abrogata - hanno preferito avvalersi della circostanza per cui, non essendo mai stato emanato il decreto destinato a definire le componenti di costo individuate dal primo comma dell’art. 154, secondo la previsione di cui al secondo comma, era rimasto in vigore, al momento della pubblicazione degli esiti referendari, la disciplina di cui all’art. 170 D.Lgs. 152/2006. Tale decreto, a sua volta, stabiliva che sino all’emanazione (mai avvenuta) del futuro decreto ministeriale continuava a trovare applicazione il precedente decreto 1° agosto 1996 (attuativo a sua volta della legge 36/94), che prevedeva la determinazione della tariffa includendovi anche la voce relativa all’adeguatezza della remunerazione del capitale investito. E poiché questa norma non era stata oggetto del referendum abrogativo, la stessa doveva ritenersi pienamente operativa anche nella parte relativa alla remunerazione del capitale investito, almeno sino a quando non fossero intervenuti il legislatore ordinario o un altro referendum *ad hoc*.

Questa la situazione in base alla quale Elisabetta aveva chiesto al gestore del servizio idrico integrato la restituzione della somma di euro 21,09, indebitamente richiesta e percepita, successivamente alla pubblicazione dei risultati del referendum, a titolo di “remunerazione del capitale”.

2. Collocazione degli esiti del referendum abrogativo tra le fonti di diritto previste dal nostro ordinamento.

E stato scritto e deciso autorevolmente (1) che il referendum abrogativo si inserisce nel novero delle fonti di diritto, sia pure fonte *sui generis*, espressione “libera e sovrana di legiferazione popolare negativa” (Corte cost., sent. n. 29/1987, richiamata nella più recente sent. n. 13/2012). Ciò significa che il popolo, cui la sovranità *appartiene* secondo il dettato dell’art. 1 della Costituzione, non può sostituirsi “in positivo” al legislatore, nemmeno in senso retroattivo (vale a dire determinando la reviviscenza della norma pre-vigente, a suo tempo sostituita dalla norma abrogata), ma può a lui sostituirsi “in negativo”, deter-

minando la rimozione dal quadro normativo di una legge o di una parte di essa. È tuttavia possibile che - proprio come fonte di diritto - anche la mera abrogazione sia suscettibile di produrre effetti - diretti o mediati, ma sempre “in negativo” - modificativi del significato o dell’applicabilità in concreto di altre norme dell’ordinamento, anche se diverse da quelle cui l’abrogazione si riferisce.(2)

Il criterio cui questa enunciazione deve rispondere e cui deve ispirarsi è, evidentemente, quello della coerenza e non contraddittorietà del quadro normativo, nel senso che non possono coesistere una norma che afferma una cosa e un’altra che dice l’esatto contrario. L’effetto *destruens* dell’abrogazione deve in questo caso estendersi a tutte le norme che - vuoi direttamente ed espressamente, vuoi indirettamente e in modo implicito - contraddicano la volontà negativa espressa, con forza di legge, da una maggioranza popolare. Non si tratterà di una abrogazione “ulteriore”, o tacita, estesa alla norma incompatibile col nuovo “vuoto normativo”, ma - nei termini inequivoci usati dal Consiglio di Stato nel parere espresso in sede consultiva (sez.II, 25/1/2013 n.267) - dell’esplicarsi della valenza del risultato referendario anche nei confronti di quelle disposizioni normative che, pur non espressamente “toccate” dal quesito oggetto della consultazione popolare, siano incompatibili con la volontà manifestata dagli elettori. Il Consiglio di Stato - come riportato nella sentenza che si annota - nell’escludere l’estensione alla norma ‘sopravvissuta’ dell’effetto abrogativo, ha ritenuto che ci si trovasse di fronte a una ‘sopravvenuta inapplicabilità o inoperatività’ delle disposizioni legislative collegate a quelle oggetto diretto del quesito referendario e - nella specie - dal tenore e dal contenuto anche letterale ripetitivo della norma abrogata. Nello stesso senso si era espressa la Corte Costituzionale (sent. 12 gennaio 1995: “...l’eventuale esito positivo dell’iniziativa referendaria...determina in modo automatico la inoperatività” anche di “altre norme che si ricollegano, sul piano degli effetti pratici, a quelle oggetto del quesito”; e sent. 2 febbraio 1990, relativa all’eliminazione della possibilità di emettere certi provvedimenti cui è collegato un onere tributario: “... non può non discendere anche l’eliminazione dei relativi oneri, che verrebbero meno in ogni caso, ossia anche se non espressamente compresi nella richiesta di referendum”).

3. Il referendum nella “gerarchia” delle fonti.

Accertata la natura di fonte di diritto del referendum abrogativo, si tratta di individuarne la collocazione in quella che - pur nell’attuale situazione di “disordine”(3) - si definisce ancora come la “gerarchia” delle fonti normative.

In questo senso il referendum abrogativo deve essere definito nella sua relazione con le fonti sovra-ordinate (principalmente quelle di origine comunitaria) e con quelle sub-ordinate (principalmente, posta la parità rispetto alla legge ordinaria, gli atti espressione del potere normativo facente capo alla Pubblica Amministrazione, agli enti pubblici e alle Autorità indipendenti).

Sotto quest’ultimo profilo, come esattamente rilevato dalla sentenza del giudice di Chiavari, non vi è dubbio che l’AEEG (Autorità per l’energia elettrica e il gas, cui fa capo la determinazione delle tariffe per il servizio idrico integrato) rivesta il carattere di organismo amministrativo (cfr. da ultimo Cass., I, 20/5/2002 n.73). Come tali, le determinazioni dell’AEEG devono cedere nei confronti della situazione normativa determinata dal referendum abrogativo con la quale si vengano a trovare in contrasto.

Nessun atto di natura amministrativa - anteriore o successivo alla pubblicazione dell’esito del referendum - può quindi

considerarsi dotato di efficacia tale da re-introdurre, per la “finestra amministrativa” quello che è stato estromesso dalla “porta legislativa” o da quella referendaria. La sentenza ha osservato, con un’affermazione solo apparentemente superflua, che “l’attuazione delle norme di legge non è un potere esercitabile in via, per così dire, facoltativa, ma un dovere nel senso stretto del termine”.

Sotto il primo - e forse più delicato - profilo, occorre collocare il referendum abrogativo nella sua relazione sotto-ordinata alla normativa di origine comunitaria.

Si tratta, nella specie, di stabilire se l’eliminazione dell’inciso relativo all’“adeguatezza della remunerazione del capitale investito” si traduca nella sostanziale eliminazione della “privatizzazione” del servizio idrico integrato, attraverso la surrettizia eliminazione della rilevanza (e, *tout court*, della natura) economica del servizio idrico integrato.

Il dubbio è stato fugato tuttavia dalla Corte Costituzionale, la quale - in sede di giudizio sulla ammissibilità del referendum per l’eventuale contrarietà alla normativa comunitaria (C. Cost. n.26/2011) ha precisato che l’inciso oggetto della richiesta referendaria non è contrario a quella normativa, “...essendo coessenziale alla nozione di “rilevanza” economica del servizio idrico integrato *l’esercizio dell’attività con metodo economico*, nel senso che essa - considerata nella sua globalità - dev’essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici). Pertanto il carattere remunerativo della tariffa non può essere definito elemento caratterizzante la nozione di “rilevanza” economica del servizio.”

Per garantire la natura o rilevanza economica (non la sua “economicità”) del servizio basta, nella prospettiva comunitaria, che esso non si svolga in perdita ma garantisca la *full cost recovery*, il recupero integrale dei costi sostenuti.

Si è sottolineata la differenza non solo nominale tra *rilevanza economica* ed *economicità* per evidenziare come un’attività possa venire esercitata con metodo economico, pur senza rispondere a criteri di economicità, vale a dire senza porsi obiettivi di profitto o di “remunerazione del capitale”.

Il discorso vale, a ben vedere, per ogni tipo di ‘tariffa’, la cui stessa nozione⁽⁴⁾ implica la fissazione di un prezzo che prescinda dalla “remunerazione del capitale” investito.

In sostanza, la “remunerazione del capitale” non viene esclusa dalla prestazione del servizio, ma viene escluso che - attraverso la tariffa - essa possa gravare in modo diretto sulle spalle dell’utente.

4. Economicità, efficienza e concorrenza nell’assegnazione delle concessioni di servizi pubblici aventi rilevanza economica.

Stabilita la rilevanza economica del servizio pubblico, si pongono, inseparabili, gli obiettivi dell’efficienza e della concorrenza nell’assegnazione delle relative concessioni. Non è un caso che l’art.1, comma 1 della legge 481/95 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità) ponga come “missione” delle Autorità quella di “garantire la promozione della concorrenza e dell’efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità (...) nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività...”.

La questione è quella del come garantire - allo stesso tempo - economicità, efficienza, concorrenza e livelli elevati di qualità dei servizi.

Il referendum abrogativo ha - di fatto - posto i requisiti dell’economicità (intesa come idoneità a produrre una significativa remunerazione del capitale investito) e del rispetto della concorrenza al di fuori della tariffa, alla quale si è affidato il compito di assicurare la sola *full cost recovery*.

Per quanto non sia questa la sede per affrontare il tema della portata e dei limiti della tutela della concorrenza nel senso del diritto comunitario, pare opportuno accennare all’opinione espressa recentemente⁽⁵⁾ da un’autorevole studiosa della materia, Francesca Trimarchi Banfi.

Osserva Trimarchi che i mercati dei contratti pubblici, quali indubbiamente quelli relativi alla concessione di servizi pubblici, sono *mercati artificiali*, “...creati e amministrati allo specifico scopo di controllare l’imparzialità delle amministrazioni aggiudicatrici”. Per questa ragione - continua Trimarchi - “... è difficile configurare la concorrenza che si svolge in questo tipo di mercati come regola che tutela la concorrenza nel senso dell’art.117 Cost. (la concorrenza “economica” in senso proprio, n.d.a.)”. Su questa premessa, è lecito dubitare che il diritto comunitario includa le procedure “concorrenziali”, prescritte per l’aggiudicazione dei servizi pubblici, nel regime generale di tutela dell’economia di concorrenza. Il diritto europeo, in sostanza, distingue nettamente tra le “procedure concorrenziali” predisposte al fine di assicurare l’imparzialità, la parità di trattamento e la trasparenza nell’assegnazione ai privati di un servizio pubblico, e le “regole di concorrenza” vere e proprie, dettate per il corretto funzionamento dei mercati.

Per quanto riferita da Trimarchi alla possibilità di affidamento “in house” dei servizi pubblici, la distinzione sembra potersi estendere al giudizio di compatibilità con il diritto europeo della concorrenza dell’esclusione dalle componenti tariffarie della “remunerazione del capitale investito”.

Agli Stati membri, in sostanza, è fatto divieto di “distorcere” la concorrenza (p.e. mediante “aiuti di Stato”), ma non di adottare misure che sottraggano al meccanismo tariffario la realizzazione del profitto, pur sempre ottenibile “aliunde”, vuoi mediante interventi e misure dirette assunte dallo Stato o dalle amministrazioni locali, vuoi attraverso la fornitura di servizi ulteriori, accessori o meno rispetto a quello principale del servizio idrico integrato.

Michele Marchesiello
Magistrato

Note:

(1) Cfr. di G. Parodi, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Giuffrè, Milano, 2012, pagg.199 e segg.

(2) Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II*, Cedam, Padova, 1984, p. 98.

(3) Cfr. G. Parodi, op. cit., p.xv

(4) “Serie di prezzi di beni e soprattutto di servizi ...che non si formano liberamente sul mercato volta per volta ma che vengono fissati una volta per tutte (o a scadenze non ravvicinate) da pubbliche imprese in condizioni di monopolio” (dal *Dizionario Encyclopedico Treccani*).

(5) F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell’Unione e nella Costituzione (all’indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Giuffrè, Milano, 2012, 5, pp. 723-743. Il riferimento è alla sentenza 199/2012 che ha dichiarato l’illegitimità costituzionale dell’art.4 del d. legge 13 agosto 2011 n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazione, dalla l. 14 settembre 2011 n.148.

Massime

Tribunale di Savona, 30 maggio 2012 - Giudice Unico Princotta - Impresa Edile (Avv. Caratti) c. F. (Avv. Gallareto).

APPALTO - incarico all'esecuzione di opere edili - adempimento e omessa corresponsione importi a saldo dovuti - sussistenza.

Risulta fondata la domanda in quanto è provato il credito in base alla esauriente documentazione agli atti, alle testimonianze e agli accertamenti peritali che hanno riconosciuto limitati difetti nelle opere realizzate e tali da non giustificare il mancato versamento del saldo. Le parti, infatti, in riferimento ai lavori, avevano convenuto un preventivo con corrispettivo e, a fronte dell'esecuzione delle opere, la convenuta aveva versato acconti.

MA.GRI.

Giudice di Pace di Genova, sez. II civile, 16 settembre 2013.

CIRCOLAZIONE stradale - accesso a zone a traffico limitato - sostituzione di veicolo.

Deve ritenersi giustificato, se non altro sotto il profilo dell'assenza di leattività delle condotte tenute, il comportamento di chi, disponendo di un permesso di accesso ad un zona a traffico limitato, utilizzi tale permesso su di un veicolo diverso da quello regolarmente autorizzato, nel caso in cui quest'ultimo sia guasto.

A.T.

Tribunale di Genova, 10 febbraio 2012, n. 539 - Giudice Unico Silvestri - Condominio (Avv. ti Crovetto e Di Pietro) c. C. (Avv. Bovino) e c. Axa Ass. ni (Avv. Poggi).

COMUNIONE e condominio - amministratore - legittimazione passiva - assemblea - ratifica.

(Art. 1131 c.c. comma 2 e 3)

APPALTO - difformità e vizi dell'opera - onere della prova - decadenza dalla garanzia - responsabilità direttore dei lavori - risoluzione del contratto - quantum risarcitorio.

(Artt. 1655 e seguenti c.c.)

APPALTO - assicurazione - condizioni generali di contratto - clausole.

(Art. 1370 c.c.)

L'amministratore di condominio, in base al disposto dell'art. 1131 c.c., comma 2 e 3 può anche costituirsi in giudizio e impugnare la sentenza sfavorevole senza previa autorizzazione a tanto dall'assemblea, ma dovrà in tal caso, ottenere la necessaria ratifica del suo operato da parte dell'assemblea per evitare pronuncia di inammissibilità dell'atto di costituzione ovvero di impugnazione.

L'attribuzione in capo all'assemblea di condominio del potere gestorio e, quindi, della decisione se resistere in giudizio o impugnare la sentenza sfavorevole, per cui occorre che l'amministratore sia autorizzato a tanto, va tuttavia raccordata con la legittimazione passiva generale attribuita all'amministratore dall'art. 1131 c.c., comma 2. Invero, tale legittimazione rappresenta il mezzo procedimentale per il bilan-

ciamento tra l'esigenza di agevolare i terzi e la necessità di tempestiva (urgente) difesa (onde evitare decadenze e preclusioni) dei diritti inerenti le parti comuni dell'edificio, che deve ritenersi immanente al complesso assetto normativo condominiale.

In materia di appalto, la disciplina dettata dall'art. 1668 in tema di difetto dell'opera, in deroga a quella stabilita in via generale in tema di inadempimento del contratto, concede al committente la possibilità di domandare la risoluzione del contratto soltanto nel caso in cui i difetti dell'opera siano tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, mentre negli altri casi il committente può agire con le alternative azioni di eliminazione dei vizi o di riduzione del prezzo, soltanto nell'ottica del mantenimento del contratto.

(Conf.: Cass. Sez. 2, sentenza n. 9295 del 20/04/2006)

In applicazione dell'art. 1667 c.c. - norma cui è ispirata la clausola in esame, tenuto conto che si tratta di condizioni generali di contratto predisposte da tecnici esperti in materia - la "consegna", cui fa riferimento dall'art. 1667, comma 3, per gli affari ivi previsti, è appunto la consegna che segue l'accettazione dell'opera, o sia ad essa contestuale o che, comunque, equivenga ad accettazione implicita ai sensi dell'art. 1665 cod. civ., comma 4. Infatti il committente ha il "diritto di verificare l'opera composta prima di riceverne la consegna "ex art. 1665 c.c., comma 1. Le clausole di polizza, che delimitano il rischio assicurato, se inserite in condizioni generali su modulo predisposto dall'assicuratore, sono soggette al criterio ermeneutico posto dall'art. 1370 cod. civ., e pertanto, nel dubbio devono essere intese in senso sfavorevole all'assicuratore medesimo"

(Conf.: Cass. Sez. 3, sentenza n. 866 del 17/01/2008)

G.G.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 4 aprile 2012 - Giudice Unico La Mantia - attore (Avv. Spotorno) e convenute (Avv. Terzago).

COMUNIONE e condominio - parti comuni - lastrico solare - regime - terrazza a livello - equiparazione a lastrico solare.

(Artt. 1117 e 1126 c.c.)

COMUNIONE e condominio - responsabilità per i danni - ripartizione tra tutti i condomini ed il titolare della proprietà superficiaria o dell'uso esclusivo.

(Art. 1226 e 2043 c.c.)

RESPONSABILITÀ CIVILE - onere della prova - necessità - uso continuato della cosa danneggiata - non sussiste.

(Art. 2043 c.c.)

Poichè il lastrico solare dell'edificio (soggetto al regime del condominio) svolge la funzione di copertura del fabbricato anche se appartiene in proprietà superficiaria o se è attribuito in uso esclusivo ad uno dei condomini, all'obbligo di provvedere alla sua riparazione sono tenuti tutti i condomini, in concorso con il proprietario superficiario o con il titolare del diritto di uso esclusivo. La terrazza a livello è equiparata al lastrico solare posto sulla sommità dell'edificio (Cass. 17/10/2001; Cass. 11/09/1998 n. 9009)

Dei danni cagionati ad un immobile da infiltrazioni provenienti

da un lastrico solare, deteriorato per difetto di manutenzione, rispondono tutti gli obbligati inadempienti alla funzione di conservazione, secondo le proporzioni stabilite dall'art. 1126 c.c. vale a dire i condòmini ai quali il lastrico serve da copertura, in proporzione dei due terzi ed il titolare della proprietà superficiaria sottostante al lastrico solare o dell'uso esclusivo, in ragione delle altre utilità, nella misura di un terzo residuo (Cass. SS. UU. 29/04/1997 n. 3672; Cass. 14/02/1987 n. 1618).

Non sussiste danno risarcibile per mancato uso di un'autorimessa per infiltrazioni di acqua al suo interno, allorché esse abbiano un'estensione tale da non comprometterne il normale utilizzo ed il titolare abbia potuto continuare a parcheggiare l'auto ed ivi depositare oggetti.

A.M.O.C.

Tribunale di Savona, 7 maggio 2012 - Giudice Unico Princiotta - D.M.G. (Avv.ti Saccomani e Bonimi) c. Condominio (Avv. Delfino).

COMUNIONE e condominio - tabelle millesimali modifica - impugnazione di delibera assembleare - modificazioni unità immobiliari private - legittimazione dell'amministratore - non sussiste - criteri - intervento ad adiuvandum - spese.

(Artt. 1123,1126 c.c. e 68 disp.att.c.c.)

La domanda di revisione delle tabelle millesimali determinando la modifica dei valori delle unità immobiliari private va proposta contro tutti i condòmini, trattandosi di litisconsorzio necessario, non contro l'amministratore che risulta invece carente di legittimazione passiva, infatti la sua rappresentanza processuale passiva è limitata, a sensi dell'art. 1131 c.c. alle parti comuni dell'edificio.

Inammissibile è pertanto la domanda rivolta all'amministratore per chiedere l'annullamento di delibera di approvazione di bilancio condominiale fondata su presunte alterazioni di singole proprietà, le quali attengono all'accertamento dei valori millesimali delle quote di proprietà singola, incidono pertanto su obblighi esclusivi dei singoli condòmini.

Le tabelle millesimali, possono formare oggetto di modifica giudiziale, con il litisconsorzio necessario di tutti i condòmini, possono essere modificate con sentenza costitutiva, che stabilisce i nuovi valori delle varie unità immobiliari solo a decorrere dal suo passaggio in giudicato, (Cass. 8-9-94 n. 7696, Cass. 10-3-2011 n. 5690), di guisa che fino a tale momento restano validi ed efficaci i valori millesimali espressi nelle tabelle oggetto di impugnazione. (Cass 22-11-2000 n. 15094)

L'interveniente - ad adiuvandum - ha diritto al rimborso delle spese processuali che debbono essere poste a carico della parte la cui tesi difensiva risultata infondata, abbia determinato l'interesse all'intervento. (Cfr. Cass. 23-7-1983 n. 5085)

CL.RM.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 22 maggio 2012 - Giudice Unico La Mantia - G.F. (Avv. Miraglia) c. Condominio (Avv. Guerrini).

COMUNIONE e condominio - interventi edilizi - parti esclusive - approvazione riparto tra tutti i condòmini - inammissibilità.

Va annullata la delibera condominiale con riguardo all'approvazione del riparto tra tutti i partecipanti della compagnie condo-

miniale della spesa relativa ad un intervento edilizio effettuato su parti di esclusiva proprietà dei singoli condòmini quali appunto devono considerarsi le tubazioni che si diramano dall'impianto idrico fino all'unità immobiliare.

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 7 giugno 2012, - Giudice Unico La Mantia - G.V. (Avv.ti Lamberti e Campagna) c. Condominio (Avv. M. Olcese).

COMUNIONE e condominio - clausola compromissoria del regolamento - requisiti - insussistenza.

COMUNIONE e condominio - delibera assemblea - riapertura verbale - impugnazione - presupposti.

La clausola del regolamento di condominio che, per i casi di contrasto tra condòmini, preveda l'obbligo di esperire un tentativo di amichevole composizione presso l'associazione fra i proprietari dei fabbricati, non integra una clausola compromissoria, la quale pre-suppone la rinuncia all'azione giudiziaria e dà luogo ad una cognizione di carattere arbitrale e suscettibile di definire la controversia. Pertanto, se, nonostante l'impegno di promuovere il tentativo di conciliazione, venga da un condòmino instaurato direttamente il procedimento giudiziario, questo non può considerarsi nullo (cfr. Cass. 26/1/1977 n. 388 e Cass. 17/11/1979 n. 5985) e l'azione non può essere dichiarata inammissibile.

Peraltro, nel caso in cui il verbale di assemblea sia stato chiuso e, solo pochi minuti dopo, riaperto, non può parlarsi di nuova e diversa assemblea, poiché può parlarsi di vizio della delibera presa a seguito di riapertura del verbale solo nel caso di avvenuto allontanamento di alcuni condòmini (cfr. Cass. 5/6/1991 n. 6366), circostanza che deve essere comunque provata dalla parte attrice.

F.RPT.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 8 giugno 2012 - Giudice Unico La Mantia - B. (Avv.ti Basso e Castagnola) c. A. (Avv. Maggi) e c. Ditta (Avv. Maggiora).

COMUNIONE e condominio - servitù - tubatura di scarico fognario installata in locale di proprietà altrui - diritto di servitù di scarico delle acque - non sussiste.

RESPONSABILITÀ civile - danni cagionati a terzi durante l'esecuzione di lavori di ristrutturazione di immobili - sussiste.

L'installazione di una nuova tubatura ad opera della convenuta ha comportato la modifica della precedente servitù, tenuto conto della diversa ubicazione del nuovo manufatto, delle sue dimensioni e del fatto che lo stesso è stato installato in aggiunta al vecchio tubo, con conseguente ulteriore ingombro del bene di proprietà attore.

Ne consegue che la sopra richiamata modifica avrebbe dovuto risultare, ai sensi dell'art. 1350 comma 1 n. 4 c.c., da atto scritto - peraltro non prodotto in causa - e non da un mero accordo verbale; ininfluente deve considerarsi la disponibilità della convenuta a rimuovere la vecchia condutture fognarie, trattandosi di circostanza che di per sé non esclude la modifica realizzata con la collocazione del nuovo e diverso tubo di scarico. La convenuta deve perciò essere condannata alla rimozione del manufatto e al risarcimento del danno consistente nell'indebita occupazione del locale di proprietà degli attori.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, cui questo Giudice ritiene di aderire, "in caso di occupazione senza titolo di un ce-

spite immobiliare altrui, il danno per il proprietario usurpato è “in re ipsa”, ricollegandosi al semplice fatto della perdita della disponibilità del bene da parte del “dominus” ed all’impossibilità - per costui - di conseguire l’utilità normalmente ricavabile dal bene medesimo in relazione alla natura normalmente fruttifera di esso”

(Cass. 18/2/1999 n. 1373 e, nello stesso senso, Cass. 21/1/2000 n. 649 e Cass. 5/11/2001 n. 13630).

SA.COM.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 4 luglio 2012 - Giudice Unico La Mantia - L. (Avv. Ispodamia) c. condominio (Avv.ti Facchini e Cicchese).

COMUNIONE e condominio - decoro architettonico delle parti comuni e pregiudizio estetico - definizione - limiti ed esclusioni.

Ai fini della valutazione di un asserito pregiudizio al decoro architettonico di un condominio, occorre avere riguardo ai soli elementi strutturali dell’edificio i quali imprimono, nel loro insieme, una determinata ed armonica fisionomia, escludendo pertanto le parti oggettivamente esterne allo stesso, le quali possono al più rendere maggiormente gravoso il contesto in cui sono inserite.

W.L.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 17 luglio 2012 - Giudice Unico La Mantia - G.C. (Avv. Fiamigi) c. Comunione riscaldamento (Avv. Colonello).

COMUNIONE e condominio - nomina amministratore e consiglieri - mancata maggioranza - regime della prorogatio - sussistenza.

(Art. 1129 c.c.)

La richiesta dei condomini di attendere l’assemblea annuale di fine esercizio per deliberare sulla nomina dell’amministratore e dei consiglieri, atteso il mancato raggiungimento della maggioranza prescritta per la nomina dei medesimi, deve ritenersi rientrante tra i poteri discrezionali posti in capo all’assemblea per la gestione del bene comune ed è per tale motivo sottratta al sindacato dell’autorità giudiziaria.

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 31 luglio 2013, n. 2621 - Giudice Unico Mauceri.

CONSUMATORE (tutela del) - vizi del bene compravenduto - azione di riduzione del prezzo - diminuzione del valore del bene - necessità - spese necessarie per eliminare i vizi - esclusione.

(Artt. 1490 e 1492 c.c.; artt. 129, 130 D. Lgs. 206/2005)

CONSUMATORE (tutela del) - vizi del bene compravenduto - diritto di regresso - onere di denuncia dei vizi - insussistenza - prescrizione annuale - decorrenza - completamento dell'esecuzione delle prestazioni da parte del venditore finale.

(Art. 131 D. Lgs. 206/2005)

SPESE giudiziali in materia civile - estensione domande attoree al terzo chiamato - conseguenze - applicabilità della compensazione delle spese di lite.

L’azione di riduzione del prezzo, secondo quanto disposto dagli arti-

coli 1490 e 1492 c.c., che delineano principi generali validi anche in caso di applicazione del Codice del Consumo, è finalizzata ad ottenere una riduzione del prezzo della vendita solo nel caso in cui, in conseguenza del lamentato vizio, sia diminuito in modo apprezzabile il valore del bene venduto. E’ estraneo a tale azione il danno costituito dalle spese necessarie per eliminare i vizi del bene fornito all’acquirente, danno che può invece trovare ristoro solo con l’azione di risarcimento del danno per equivalente, ex artt. 1484 e 1223 c.c.

(In senso conforme, ex multis, Cass. n. 4278/1984)

Secondo quanto previsto dall’articolo 131 del Codice del Consumo, l’esercizio del diritto di regresso nei confronti del terzo produttore non è condizionato all’osservanza di alcun onere di denuncia; esso si prescrive nel termine di un anno che decorre dal momento in cui viene completata da parte del venditore finale l’esecuzione delle prestazioni che incombono sullo stesso in seguito alla richiesta da parte del consumatore di attivazione dei rimedi ad esso spettanti; ad esempio, dal giorno in cui ha ricevuto le somme a titolo di rimborso, integrale o parziale, del corrispettivo versato per l’acquisto del bene mobile di consumo. L’azione di regresso si estende non solo alle somme eventualmente corrisposte a titolo di riduzione del prezzo, ma anche a quelle eventualmente dovute a titolo di risarcimento del danno.

Qualora il convenuto affermi che la responsabilità per un determinato evento dannoso contestatagli vada imputata ad un terzo soggetto, che viene chiamato in causa, la domanda di parte attrice si estende automaticamente al terzo; da ciò consegue che si possa applicare la compensazione parziale delle spese di lite non solo tra parte attrice e convenuto principale, bensì anche nel rapporto processuale tra attore e terzo.

V.CAV.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 8 marzo 2013, n. 851 - Giudice Unico Scarzella - F. (Avv.ti Vignolo e Scafidi) c. Finanziaria s.p.a. (Avv. De Crescenzo) e Fallimento (contumace).

CONTRATTO in genere - contratto tra professionista e consumatore - contratto negoziato fuori dei locali commerciali del professionista - diritto di recesso - allungamento del termine di legge - condizioni.

(Artt. 47, 64, 65, D.lgs. 206/05)

CONTRATTO in genere - credito al consumo - inefficacia del contratto collegato di compravendita - effetti.

(Art. 42, 67, D.lgs. 206/05)

CONTRATTO in genere - credito al consumo - obbligo di descrizione analitica dei beni e del prezzo stabilito dal contratto - violazione - nullità.

(Art. 124, D.lgs. 385/93)

L’informazione sul diritto di recesso da un contratto stipulato al di fuori dei locali commerciali dell’imprenditore deve essere graficamente separata dalle altre clausole contrattuali mediante maggiore distanza o altro tipo di evidenziazione, con la conseguenza che la violazione del preceitto formale comporta l’allungamento del termine di recesso da dieci a sessanta giorni, decorrenti dalla consegna dei beni al consumatore.

L’inefficacia del contratto di compravendita tra consumatore e professionista per sopravvenuto recesso comporta, in virtù del principio di collegamento negoziale, l’inefficacia del connesso contratto di finanziamento al consumatore.

E’ nullo il contratto di credito al consumo che non riporta la descrizione analitica dei beni oggetto del contratto collegato di com-

pravendita, né riporta il prezzo stabilito nel contratto di finanziamento, inteso come l'ammontare complessivo dell'esborso economico a carico del consumatore.

(In senso conforme, Cass. Civ., Sez. III, 3 ottobre 2003 n. 14762)

Tribunale di Genova, ord. 27 settembre 2013 - Giudice Unico Braccialini - Rimorchiatori riuniti c. Generali.

CONTRATTO in genere - contratto di garanzia stipulato in lingua inglese ma regolato dalla legge italiana - Interpretazione - "Final and unforceable judgement" - L'espressione non è riferibile a qualunque sentenza esecutiva ma solo a quella passata in giudicato.

(art. 324 cod.proc. civ.).

In un contratto di garanzia (Letter of Undertaking) stipulato fra un imprenditore marittimo italiano ed un assicuratore francese, ma redatto in lingua inglese, la semplice espressione "unforceable judgement" potrebbe essere intesa come riferita a qualunque sentenza esecutiva, anche di primo grado. Ma l'aggiunta dell'aggettivo "final" rimanda concettualmente e lessicalmente alla "indiscutibilità" del risultato giudiziario, e dimostra come le parti abbiano voluto subordinare l'obbligo di garanzia ad una sentenza "non rimetibile in discussione". Essa corrisponde a quella che il nostro Codice di procedura civile, all'art. 324, definisce come "cosa giudicata formale", che si ha solo quando tutte le impugnazioni ordinarie contro la decisione di primo grado sono esaurite.

A.FONT.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 22 marzo 2013, n. 1014 - Giudice Unico Vinelli - C.B. c. G.M.

DANNI in materia civile - risarcimento del danno conseguente al mancato utilizzo di posto auto - danno in re ipsa - quantificazione - giudizio equitativo rapportato al minor valore locativo dell'immobile.

PROCEDIMENTO civile - dovere di lealtà e di probità - espressioni sconvenienti ed offensive - frasi riguardanti l'oggetto della causa - istanza di cancellazione - accoglimento - condizioni.

(Artt. 88, 89 c.p.c.)

Dall'impossibilità di fruire del posto auto consegue un pregiudizio patrimoniale che, al pari dell'illegittima occupazione di un immobile, comporta un danno in re ipsa che può essere quantitativamente determinato dal giudice eventualmente anche tramite l'ausilio di ctu. Al fine di determinare il danno risarcibile, può essere valutato il valore locativo dell'appartamento con un posto auto rispetto al valore locativo dell'appartamento senza lo stesso.

Non può essere accolta l'istanza di cancellazione ex artt. 88-89 c.p.c. qualora abbia ad oggetto espressioni che, seppure caratterizzate da toni accesi, rientrino nell'ambito dell'esercizio di difesa e siano prive di intento dispregiativo e siano, pertanto, inidonee a ledere la dignità umana e professionale dell'avversario.

V.CAV.

Tribunale di Savona, 1 marzo 2012 - Giudice Unico Princiotta - R. (Avv.ti Saccomani) c. Comune di Cairo Montenotte (Avv. Romani).

DONAZIONE - risoluzione donazione per inadempimento dell'onere - sussiste - fattispecie.

La domanda di risoluzione della donazione, per inadempimento del donatario dell'onere imposto con l'atto di donazione, è meritevole di accoglimento non essendo contestato l'inadempimento da parte dell'Amministrazione convenuta dell'onere di cui è gravata la donazione oggetto di causa (Nel caso di specie, nella propria comparsa di costituzione, il comune evidenzia che "effettivamente il Comune di Cairo Montenotte non ha adempiuto l'onere da cui è gravata la donazione. Ciò è dipeso dal rilevante impegno economico necessario a ricavare un giardino pubblico dall'area donata, sulla quale insiste un edificio, impegno quantificato sommariamente mediante lo studio di fattibilità del 2005 in complessivi €. 120.000. L'intervento presuppone la demolizione dell'edificio e dei muri di recinzione esistenti, particolarmente gravosa, prima di procedere alla realizzazione del giardino...").

Sussistono giusti motivi e considerazioni di equità in ragione:

- *del corretto comportamento processuale della amministrazione convenuta, valutato positivamente anche dall'attore (cfr. memoria n. 1 a norma dell'art. 183 c.p.c.: "preso atto che l'avversaria difesa, con quella correttezza che sempre l'ha contraddistinta, ammette l'inadempimento del donatario..."),*
- *del mancato riconoscimento nel presente giudizio di alcun danno in seguito all'inadempimento (danno in relazione al quale lo stesso attore si è riservata separata azione),*
- *del rilevante impegno economico necessario per ricavare un giardino pubblico dall'area donata (circostanza non oggetto di contestazione e quantificata dalla convenuta in una cifra non inferiore ad €. 120.000) e*
- *delle notorie ristrettezze economiche in cui versano le amministrazioni locali che impongono di privilegiare con le risorse disponibili gli interventi più urgenti.*

MA.GRI.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 20 settembre 2013, Giudice Unico Ferrari.

EDILIZIA convenzionata - onere della prova - grava sull'ente assistenziale - profugo.

spetta all'ente ricorrente accertare la sussistenza dello stato di bisogno in capo al profugo, non può ritenersi che per la resistente tale requisito sia venuto meno in base al semplice fatto di essere diventata comproprietaria con i figli di un immobile di limitato valore che non risulta produttivo di reddito, essendo anzi fonte di spese di gestione.

A.T.

Tribunale di Genova, sez. feriale, 31 luglio 2012, Pres. Costanzo - C.G. (Avv. Aste) c. T.G. (Avv. Bertorello).

ESECUZIONE in genere - titolo esecutivo - sospensione dell'efficacia esecutiva - provvedimento di natura cautelare - effetto di giudicato - esclusione - fattispecie.

(Art. 615 c.p.c.; artt. 156, 2953 c.c.)

SEPARAZIONE dei coniugi - assegno di mantenimento - prescrizione - decorrenza.

(Artt. 615, 624 c.p.c.)

ESECUZIONE in genere - titolo esecutivo - sospensione dell'efficacia esecutiva - gravi motivi - probabile fondatezza dei motivi di opposizione - fattispecie.

PROCEDIMENTI cautelari - reclamo incidentale tardivo.

(Artt. 669 terdecies, art. 334, comma 1, c.p.c.)

SEPARAZIONE di coniugi - mantenimento del coniuge - mutamento delle condizioni che ne determinarono il riconoscimento - sospensione del pagamento - esclusione.

(Artt. 156, 158 c.c.; art. 710 c.p.c.)

Avendo la sospensione dell'esecuzione natura cautelare e avendo il provvedimento cautelare natura provvisoria inidonea a dar luogo ad un giudicato esso può essere modificato e non è ipotizzabile un effetto di giudicato di un provvedimento cautelare emesso in un procedimento nei confronti di altro procedimento sia pure connesso anche se via sia identità di motivi posti a fondamento della richiesta di sospensione (nella specie il Collegio ha ritenuto che il rigetto delle richiesta di sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo nell'ambito di un giudizio di opposizione a precezzo non fosse preclusiva in sede di opposizione ex art. 615, comma 2 c.p.c. di una nuova istanza di sospensione).

In materia di assegno di mantenimento del coniuge si applica la prescrizione quinquennale che inizia a decorrere dalla scadenza di ogni singolo rateo.

I gravi motivi di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo ben possono consistere nella probabile fondatezza dei motivi di opposizione (nella specie il Giudicante ha ritenuto che bene avesse statuito il Giudice valutava l'elevata probabilità che allo stato degli atti potesse essere accolta l'eccezione di prescrizione dei ratei per il contributo di mantenimento del coniuge sollevata dall'istante).

In tema di reclamo ex art. 669 terdecies, è ammissibile il reclamo incidentale tardivo, poiché la norma di cui all'art. 334, comma 1, c.p.c. è espressione di un principio generale del sistema delle impugnazioni, applicabile anche ai giudizi camerali.

La circostanza che nell'accordo intervenuto in sede di separazione consensuale tra i coniugi vi sia un contributo al mantenimento della moglie che venga corrisposto fino a quando la stessa non reperirà stabile attività lavorativa non costituisce una condizione risolutiva dell'accordo medesimo che consente all'obbligato di sospendere il pagamento, ma costituisce un fondamento dell'accordo medesimo e consente al coniuge obbligato di richiedere al tribunale la modifica delle condizioni di separazione in relazione al mutamento delle condizioni che ne avevano determinato il riconoscimento.

TZ.LND.

Cassazione, sez. III civ., 26 giugno 2013, n. 16107.

(Conferma Appello Genova 7 ottobre 2006)

IMPUGNAZIONI - tempestività - notificazione.**DIFFAMAZIONE - causa di giustificazione - esercizio del diritto di cronaca e critica - legittimità - valutazione di fatto.****DIFFAMAZIONE - provvedimenti giudiziali - verità della notizia.**

AI fini della tempestività dell'impugnazione deve tenersi conto della notifica dell'atto di appello e non del suo deposito in cancelleria. In quel momento, infatti, la controparte è posta in condizioni di conoscere il contenuto dell'impugnazione proposta dall'avversario e di approntare le conseguenti difese, sicché l'eventuale deposito in cancelleria in un termine inferiore a quello di venti giorni non è in grado di ledere la pienezza del contraddittorio.

In tema di azione di risarcimento dei danni da diffamazione a mezzo della stampa, la valutazione del contenuto degli scritti e delle circostanze oggetto di provvedimenti giudiziali, anche non costituenti cosa giudicata, l'apprezzamento in concreto delle espressioni usate come le-

sive dell'altrui reputazione, l'esclusione della esimente dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica costituiscono oggetto di accertamenti in fatto, riservati al giudice di merito ed insindacabili in sede di legittimità se sorretti da adeguata motivazione.

(Conf. Cass. 18 ottobre 2005 n. 20138 e 10 gennaio 2012, n. 80)

nel caso di diffusione di notizie potenzialmente lesive dell'onore derivanti da provvedimenti giudiziari, il presupposto della verità deve essere in tale ipotesi restrittivamente inteso (salvo la possibilità di inesattezze secondarie o marginali, inidonee a determinare o aggravare la valenza diffamatoria), nel senso che la notizia deve essere fedele al contenuto del provvedimento e che deve sussistere la necessaria correlazione tra fatto narrato e quello accaduto, senza alterazioni o travisamenti di sorta, non essendo sufficiente la mera verosimiglianza, in quanto il sacrificio della presunzione di non colpevolezza richiede che non si esorbiti da ciò che + strettamente necessario ai fini informativi

(Conf. Cass. 20 ottobre 2009, n. 22190)

A.T.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 16 luglio 2012 - Giudice Unico La Mantia - T. (Avv. De Bellis) c. T. (Avv. Barilati).

MEDIAZIONE e mediatore - procacciatore di affari - distinzione.**MEDIAZIONE e mediatore - diritto al compenso - iscrizione al ruolo professionale - necessità.**

Si ravvisa la sussistenza del contratto di mediazione, e non di procacciamento d'affari, qualora sia pattuito il pagamento della provvigenza da parte di tutti i soggetti interessati all'affare, e non da parte del solo preponente.

Non è dovuto il pagamento della provvigenza in assenza di iscrizione al ruolo degli agenti di affari in mediazione.

ALS.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 28 ottobre 2013, n. 3174 - Giudice Unico Braccialini - G. (Avv. Gioffrè) c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (Avvocatura dello Stato).

OPPOSIZIONE a sanzioni amministrative - decisione del Giudice di Pace - appello - legittimazione passiva - titolarità.

(Art. 23 L.689/1981; art. 6 D.p.r. 150 / 10)

ASSICURAZIONE (contratto di) - nautica da diporto - obbligo di assicurazione della responsabilità civile - non sussiste per il motore ausiliario, quando si faccia uso di quello principale.

(Art. 123 d.lgs. 209/05, Codice delle assicurazioni private)

Nel giudizio di appello contro le decisioni del Giudice di Pace in materia di opposizione a sanzioni amministrative, la legittimazione passiva va riconosciuta sia all'organo locale che ha emesso il provvedimento opposto, sia all'organo di vertice dell'Amministrazione da cui quest'ultimo dipende.

Nella navigazione da diporto non sussiste un autonomo obbligo assicurativo per il motore ausiliario, allorché questo non sia in servizio perché ci si avvale di altro apparato meccanico di propulsione (motore principale) incorporato in un natante assicurato per la responsabilità civile nella sua interezza.

A. FONT.

Tribunale della Spezia, 15 ottobre 2012 - Giudice Unico Farina.

OPPOSIZIONE all'esecuzione - pignoramento presso terzi - riscossione delle imposte sul reddito - ritualità della notifica - onere della prova.

(Artt. 25, 26 e 72 bis D.p.r. 602/1973)

L'opposizione al pignoramento presso terzi proposta affermando di non avere mai ricevuto rituale notifica della cartella di pagamento ai sensi degli artt. 25 e 26 Dpr 602/1973 deve essere qualificata come opposizione agli atti esecutivi e non come opposizione all'esecuzione.

L'Agente della riscossione deve provare la ritualità della notifica della cartella di pagamento su cui si fonda il pignoramento presso terzi ai sensi dell'art. 72 bis Dpr 602/1973; il mancato assolvimento dell'onere probatorio determina l'improcedibilità dell'esecuzione con conattuale restituzione delle somme percepite dai terzi pignorati.

CLI.P.

Tribunale Civile di Genova, sez. III civ., 24 aprile 2012 - Giudice Unico La Mantia - attore (Avv. Loiaconi) e convenuti (Avv. Franchini).

POSSESSO e azioni possessorie - prova del possesso - arredi all'interno di abitazione attribuita in nuda proprietà - atti di tolleranza - rapporti di parentela - non sussiste tutela possessoria.

(Artt. 1140 e 1143 c.c.)

In possesso temporaneo da parte del nudo proprietario dell'abitazione di cui sia al possesso temporaneamente in forza di contratto con l'usufruttuario, non si estende automaticamente agli arredi al suo interno contenuti, in difetto di pattuazione contrattuale in tal senso.

In particolare, l'utilizzo di tale arredi da parte del nudo proprietario-possessore dell'abitazione, non costituisce esercizio del possesso rilevante ai fini della tutela possessoria, allorché sia dimostrato che tale utilizzo sia avvenuto per concessione da parte dell'usufruttuario dell'abitazione.

(Nel caso di specie, i genitori avevano trasferito al figlio la nuda proprietà di un'abitazione, trattenendo per essi l'usufrutto e contestualmente, avevo lasciato al figlio il possesso temporaneo della predetta abitazione. Accadde che i genitori avessero asportato taluni degli arredi conservati all'interno dell'appartamento posseduto dal figlio, ma la sua domanda di reintegrazione del possesso dei medesimi è stata respinta, per non essere stati gli arredi inclusi nel trasferimento della nuda proprietà dell'abitazione ed essendo stato comunque dimostrato che l'utilizzo dei medesimi da parte del figlio fosse avvenuto in forza di mera concessione e tolleranza dei genitori, senza che potesse rilevare il protrarsi di tale situazione, stante gli stretti rapporti di parentela intercorrenti tra le parti (Cass. 18/06/2001 n. 8194).

A.M.OC.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 2 agosto 2012 - Giudice Unico La Mantia - T. (Avv.ti Giusti e Turarolo) c. M. (Avv. Foroni).

POSSESSO e azioni possessorie - legittimazione passiva nell'azione di reintegrazione - autore morale.

(Art. 1168 c.c.)

La legittimazione passiva nelle azioni possessorie compete non soltanto agli autori materiali dello spoglio ma anche agli autori morali

che abbiano portato i primi ad agire per conto e nell'interesse dei secondi nella consapevolezza dell'illiceità del fatto (nella specie, trattasi d'azione di reintegrazione secondo quanto si evince dal chiaro tenore complessivo del ricorso introduttivo e dalle domande ivi formulate; più precisamente, la signora T. lamentava di essere stata privata del possesso di una teleferica da sempre utilizzata da essa ricorrente e dai propri danti causa per il trasporto di vari materiali dal suo terreno, sito nel Comune di Camogli (GE), alla strada pubblica e viceversa. In particolare, evidenziava di avere notato il signor M., in compagnia di altra persona, nell'atto di tagliare con un flessibile il cavo della sopra menzionata teleferica, nonostante l'opposizione manifestata da essa ricorrente. Il signor M., a seguito del giudizio, veniva così condannato a reintegrare la ricorrente, signora T., nel possesso della teleferica stessa).

DI.NO.

Tribunale della Spezia, 25 ottobre 2012, n. 760 - Giudice Unico Di Roberto - GE. S.p.a. (Avv. Simonelli) c. S. (Avv. Bertogli).

PROCEDIMENTO civile - litisconsorzio necessario - mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio di primo grado - nullità sentenza - rimessione al giudice di primo grado.

(Art. 354 c.p.c.)

Deve essere dichiarata la nullità della sentenza di primo grado (nel caso de quo, la sentenza emessa dal Giudice di Pace), con conseguente rimessione della causa al giudice di prime cure, nel caso in cui quest'ultimo non abbia provveduto ad integrare il contraddittorio in caso di litisconsorzio necessario, essendo questo rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

(Nel caso di specie, il Tribunale di La Spezia ha rilevato d'ufficio l'omessa integrazione del contraddittorio nel corso del giudizio di primo grado, nel quale era stato pretermesso l'ente esattore in una causa che vedeva contrapposti parte opponente ed ente impositore. Il soggetto esattore, infatti, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale assolutamente maggioritario, deve essere necessariamente chiamato in causa nei procedimenti di opposizione a cartella esattoriale emessa per il pagamento di sanzione amministrativa).

F.RPT.

Tribunale della Spezia, 26 ottobre 2012, n. 763 - Giudice Unico Di Roberto - A. c. Provincia della Spezia (Avv.ti Benvenuto e Allegri).

PROCEDIMENTO civile - difetto di giurisdizione del giudice ordinario - opposizione ad ordinanza ingiunzione per violazione di disposizioni in materia di tutela della flora, della fauna e delle aree protette - insussistenza.

(Art. 37 c.p.c.)

Va rigettata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario nel caso di ricorso proposto ex art. 6 D. Lgs. n. 150/2011 contro l'ordinanza ingiunzione emessa dall'Amministrazione provinciale, in quanto l'art. 6, comma 4, lett. C della detta normativa prevede che l'opposizione si promuova nanti l'autorità giudiziaria ordinaria nel caso in cui la sanzione sia stata emessa per violazione di disposizioni in materia di tutela della flora, della fauna e delle aree protette, come nel caso de quo.

E' inoltre irrilevante il fatto che la materia della tutela della flora e delle aree protette sia inerente all'uso del territorio, e che quindi sia compresa

in quella urbanistica (che, ai sensi del Codice del processo amministrativo, rientra nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo). Infatti deve essere condiviso l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 18040/2008), secondo cui in caso di opposizione a sanzione irrogata in tali ambiti non si genera una controversia nascente da atti della P.A. inerenti la gestione del territorio, poiché in questo caso la situazione di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi e modi non stabiliti dalla legge ha consistenza di diritto soggettivo e non quella di interesse legittimo.

F. RPT.

Tribunale di Genova, 29 maggio 2012 - Giudice Unico La Mantia - Condominio (Avv.ti Lamberti e Campagna) c. R.P. (Avv. Rossi).

PROPRIETÀ - accesso al fondo - adeguata indennità - specifica prova - necessità.

(Art. 834 c.c.)

La domanda giudiziale volta a riconoscere l'adeguata indennità, prevista dall'art. 843 c.c., in favore del proprietario il quale abbia subito l'accesso al fondo di sua proprietà, al fine di costruire o riparare un muro o altra opera propria del vicino oppure comune, necessita di specifica prova del danno subito in conseguenza dell'accesso stesso.

(Nella specie il Tribunale ha respinto la domanda posta da un commerciante volta ad ottenere l'indennità prevista dall'art. 843 c.c., non avendo il medesimo provato in alcun modo il danno cagionato dall'accesso del vicino Condominio (ad es. interruzioni dell'attività commerciale o trasferimento del materiale)

C.GIA.

Tribunale della Spezia, 9 ottobre 2012 - Giudice Unico Sebastiani.

RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da cose in custodia - società in accomandita semplice - diritti dei creditori sociali dopo la liquidazione - responsabilità del socio accomandatario.

(Artt. 2051, 2314 e 2324 c.c.)

Il socio accomandatario di una s.a.s risponde, ai sensi dell'art. 2051 c.c., per i danni derivanti da cosa in custodia anche in seguito alla cancellazione della società dal registro delle imprese, salvo che il danneggiato non sia stato soddisfatto nella fase della liquidazione della società.

CLI.P.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 marzo 2013, n. 1007 - Giudice Unico Casale.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità da cosa in custodia - beni demaniali - applicabilità.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità da cosa in custodia - prova liberatoria - caso fortuito - elemento esterno imprevedibile ed inevitabile.

(Art. 2051 c.c.)

La responsabilità da cose in custodia di cui all'articolo 2051 c.c. è configurabile anche a carico della Pubblica Amministrazione, potendo applicarsi nel caso di beni demaniali; a maggior ragione, l'art.

2051 c.c. è applicabile nei confronti di un ente privato, qualora abbia in custodia una scalinata su passeggiata aperta al pubblico.

(In senso conforme, ex multis, Cass. n. 20427/2008)

La responsabilità da cose in custodia rappresenta un'ipotesi di responsabilità oggettiva, per la configurazione della quale è sufficiente la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo. La responsabilità del custode è esclusa solo dal caso fortuito, il cui onere della prova ricade su parte convenuta. Il caso fortuito attiene al profilo causale dell'evento, riconducibile ad un elemento esterno imprevedibile ed inevitabile. Il giudizio sull'autonoma idoneità causale del fattore esterno ed estraneo deve essere adeguato alla natura ed alla pericolosità della cosa, con la conseguenza che, quanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno e ad escludere, pertanto, al responsabilità del custode.

(In senso conforme, ex multis, Cass. n. 25029/2008; Cass. n. 4279/2008)

V.CAV.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 23 marzo 2013, n. 1007 - Giudice Unico Albino - S. c. Ist. G. e c. Regione Liguria.

RESPONSABILITÀ civile - attività medico-chirurgica - responsabilità della struttura sanitaria e del medico - natura contrattuale.

RESPONSABILITÀ civile - professionisti - attività medico-chirurgica - colpa del sanitario - onere della prova - ripartizione - criteri - accertamento di un addebito colposo in capo al sanitario convenuto - necessità - nesso causale - regola del "più probabile che non".

PRESCRIZIONE e decadenza civile - responsabilità del medico per il danno alla persona - prescrizione del diritto al risarcimento del danno - termine decennale - decorrenza - percezione del danno ingiusto con l'ordinaria diligenza.

RESPONSABILITÀ civile - risarcimento del danno non patrimoniale - considerazione unitaria - lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. - componenti di pregiudizio - valenza meramente descrittiva.

(Artt. 1176, 1218, 1228, 2059 e 2236 c.c.)

La responsabilità dell'ente ospedaliero gestore di un servizio pubblico sanitario e del medico suo dipendente per i danni subiti da un paziente a causa della non diligente esecuzione della presentazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico pubblico di natura contrattuale e/o da c.d. contatto sociale tra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha natura contrattuale di tipo professionale; da ciò consegue che la responsabilità diretta dell'ente ex art. 1228 c.c. e quella del medico, inserito organicamente nella struttura sanitaria che eroga il servizio pubblico, sono disciplinate dalle norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale ex artt. 1176, 1218 e 2236 c.c.

(In senso conforme, ex multis, Cass. SS. UU. n. 13533/2001; Cass. III civ. n. 13953/2007)

Il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve solo provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, pur non potendo ciò tradursi né comportare una sorta di responsabilità oggettiva in capo al sanitario convenuto che prescinda, cioè, dall'accertamento in capo allo stesso di un addebito colposo. In materia di responsabilità civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non".

(In senso conforme, Cass. SS. UU. 581/2008)

Alla responsabilità del medico per il danno alla persona, causato da imperizia nell'esecuzione dell'intervento, si applica l'ordinario termine di prescrizione decennale. Detto termine decorre dalla percezione, e dunque dall'effettiva conoscenza, del danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, attraverso l'utilizzo della normale diligenza.

(In senso conforme, ex multis, Cass. SS. UU. 576/2008)

Il danno non patrimoniale deve essere considerato unitariamente, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Le componenti del danno non patrimoniale possono essere tenute distinte con valenza meramente descrittiva, al fine di giustificare dal punto di vista motivazionale e rendere così controllabile il quantum riconosciuto ed evitare possibili duplicazioni risarcitorie.

(In senso conforme, ex multis, Cass. SS. UU. 26972/2008)

V.CAV.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 18 aprile 2013, n. 541 - Pres. Sanna - Rel. Atzeni - P. (Avv.ti Catullo e Della Corte) c. A. (Avv.ti Toso e De Ferrari).

RESPONSABILITÀ civile - diffamazione, ingiurie ed offese - in genere - responsabilità civile - diffamazione - deposizione del testimone innanzi all'autorità giudiziaria - dichiarazioni rese nell'adempimento di un dovere - configurabilità dell'adempimento del dovere in caso di loro accertata veridicità - sussistenza - menomazione dell'onore o della reputazione altrui - configurabilità del carattere offensivo dell'azione - esclusione.

RESPONSABILITÀ civile - diffamazione, ingiurie ed offese - reati commessi a mezzo stampa - mezzo televisivo - dichiarazioni rese nell'adempimento di un dovere - configurabilità della diffamazione - esclusione.

Il testimone giudiziario, qualora deponga il vero su ciò che gli viene domandato e sui fatti di cui è informato, non commette diffamazione, ancorché la deposizione implichi una menomazione dell'onore, del decoro o della reputazione altrui, dal momento che la verità del fatto attribuito elimina, per la presenza della causa giustificativa dell'adempimento di un dovere giuridico, il carattere offensivo dell'azione.

Nel caso di diffusione televisiva di dichiarazioni lesive dell'onore o della reputazione altrui, è da escludersi il carattere offensivo dell'azione (e la configurabilità della diffamazione) qualora il soggetto abbia reso le predette dichiarazioni in presenza della causa giustificativa dell'adempimento di un dovere giuridico.

(Nel caso di specie, un Ufficiale dell'Esercito Popolare di Liberazione Jugoslavia conveniva in giudizio un soggetto che, depo-

nendo in qualità di testimone, gli aveva attribuito una serie di fatti illeciti; ne chiedeva dunque la condanna al risarcimento dei danni morali e materiali. Il Tribunale di La Spezia, in primo grado, rigettava le domande attoree. La Corte d'Appello di Genova ha respinto l'appello proposto dall'Ufficiale, in quanto il testimone aveva reso le dichiarazioni in adempimento di un dovere giuridico ed i fatti attribuiti erano stati confermati dall'istruzione probatoria, ancorché dette dichiarazioni fossero state riprese da Radio Radicale).

V.CAV.

Corte di Cassazione, sez. III, 15 gennaio 2013, n. 783 - Pres. Petti - Est. Lanzillo - P.M. Carestia (concl. diff.) - Soc. Tgve1 c. Soc. Autostrade per l'Italia.

(Cassa Corte d'Appello di Genova 18 novembre 2009)

RESPONSABILITÀ civile - gestore di autostrada - pneumatico abbandonato - danni - prova liberatoria - fattispecie.
(Art. 2051 c.c.)

Il gestore del tratto autostradale dove si è verificato l'impatto di un veicolo con uno pneumatico abbandonato sulla carreggiata, della cui presenza era stato avvertito con notevole anticipo, per andare esente da responsabilità per i danni riportati nel sinistro, deve offrire la prova certa ed inequivocabile di aver compiuto, dopo la segnalazione, tutte le attività necessarie a rimettere la strada in condizioni di sicurezza.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 8 ottobre 2013 - Pres. Costanzo - Rel. Braccialini - Ministero dell'Interno e Prefettura di Genova (Avvocatura di Stato) c. D.S. (Avv. Canepa).

SANZIONI amministrative e depenalizzazione - revoca automatica della patente collegata a reati in materia di stupefacenti - giurisdizione del giudice ordinario - sussiste - tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. - ammissibilità - natura della sanzione - accessoria - conseguenze - inapplicabilità a fatti commessi anteriormente all'introduzione della sanzione.

(Art. 120 D.Lgs. 285/1992 nov. ex art. 9 L. 94/2009; art. 700 c.p.c.; art. 1 L. 689/1981; art. 25 Cost.)

La sanzione obbligatoriamente disposta dal prefetto nelle ipotesi previste dall'art. 120 Cod. Strada, nel testo modificato con l'art. 9 della L. 94/2009, non conferisce margini di discrezionalità all'Amministrazione ed incide su diritti soggettivi; né ha natura di "sanzione amministrativa" secondo il regime tipico di cui alla fondamentale legge di depenalizzazione n. 689 del 1981, per cui non si applica il particolare procedimento oppositivo dell'art. 22 L. Depenalizz. o dell'art. 204 bis Cod. Strada.

(Conforme: Cass., sez. II, 04/11/2010 n. 22491)

Nel momento in cui ricorre la giurisdizione in materia del giudice ordinario e non esiste un rimedio tipico per rendere inefficace un'eventuale applicazione illegittima della sanzione prefettizia comminata ai sensi dell'art. 120 Cod. Strada, il procedimento d'urgenza risulta ammissibile in funzione di "anticipazione di tutela" per la piena tutela dei diritti compromessi dalla caducazione dell'abilitazione alla guida.

La selettività di una revoca della patente collegata ai soli comportamenti e reati in tema di stupefacenti depone univocamente per una natura "complementare", si potrebbe dire di appendice accessoria del trattamento sanzionatorio principale, per quanto riguarda la revoca che dipende dalla condanna per il delitto dell'art. 73 o per il consumo

personale dell'art. 75 del richiamato T.U. 309 del 1990.

La legittimità della revoca prefettizia della patente ai fatti previsti dal T.U. 309 commessi anteriormente all'introduzione della sanzione stessa pare al Collegio - come già al primo giudice - configgere radicalmente con l'art. 1 della legge di depenalizzazione, per il quale nessuno può essere punito per un fatto che, all'epoca di commissione, non determinava assoggettamento a sanzione amministrativa.

A.BEE.

Tribunale di Cassazione, sez. II civ., 25 maggio 2012, n. 8352 - Pres. Triola - Est. Pettiti - P.M. Pratis (concl. diff.).

(Cassa Corte d'Appello di Genova, n. 271 e decide nel merito)

SUCCESSIONE testamentaria - interpretazione del testamento - contenuto - clausola di diseredazione di alcuni successibili ex lege - validità - fondamento - condizioni - necessità di positiva attribuzione o di implicita istituzione - esclusione.

(Artt. 457, 565, 587 e 588 c.c.)

È valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la volontà destitutiva - che può includersi nel "disporre", di cui all'art. 587, comma 1, c.c. - diretta ad escludere dalla propria successione legittima alcuni dei successibili e a restringerla così ai non diseredati, costituendo detta clausola di diseredazione espressione di un regolamento di rapporti patrimoniali, rientrante nel contenuto tipico dell'atto di ultima volontà e volta ad indirizzare la concreta destinazione post mortem delle proprie sostanze, senza che per diseredare sia, quindi, necessario procedere ad una positiva attribuzione di bene, né occorra prova di un'implicita istituzione.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 19 novembre 2012, Giudice Unico Basoli - S.D. (Avv.ti Buffa) c. A.N.

SUCCESSIONE testamentaria - smarrimento del testamento - prova - contenuto - fattispecie.

(Artt. 684 e 2697 c.c.)

In caso di smarrimento e/o distruzione di una scheda testamentaria deve essere accertato se tale evento sia da ricondurre all'intenzione del testatore di annullare una volontà già manifestata o se sia un mero accadimento della realtà fisica del contesto documentale, ove tale volontà si è con piena validità manifestata, non accompagnato da alcuna volontà di revoca; cosicché incombe sul beneficiario della disposizione testamentaria che sostenga lo smarrimento del testamento, provare da un lato l'esistenza di una valido testamento e dall'altro che esso è andato perduto (nella specie il Giudicante ha accolto la domanda di parte attrice di essere dichiarata proprietaria di un immobile oggetto di legato in suo favore, essendo stata data prova a mezzo testi dell'esistenza di un testamento valido, contenente tale legato nonché del suo smarrimento da parte dello studio notarile che lo aveva ricevuto in consegna dal de cuius).

TZ.LND.

Tribunale di Genova, sez. I civ., decreto 20 maggio 2013 - Pres. Costanzo - Rel. Braccialini - G. (Avv. Repetto) c. C. (Avv.ti Fusco e Bozano Gandolfi).

SOCIETÀ - liquidazione - cancellazione dal registro - estinzione - presupposti - rimozione della cancellazione originaria.

L'orientamento della Cassazione, *jus receptum negli anni recenti, per cui la cancellazione dal Registro delle imprese di una società ne comporta la contestuale estinzione, non preclude sotto altro profilo la possibilità, su richiesta di una parte interessata al completamento di un giudizio risarcitorio in corso, di provvedere alla rimozione ovvero cancellazione della cancellazione intervenuta su iniziativa dei liquidatori della società stessa per presunto completamento della liquidazione, laddove nel bilancio finale veniva omesso ogni riferimento al consistente contenzioso pendente, proseguito peraltro con tutta l'attività difensiva necessaria prima di introdurre nelle memorie conclusive la tesi dell'avvenuta estinzione, strumentale al tentativo di espropriare dei loro diritti i potenziali creditori. La rimozione dell'originaria cancellazione consegue necessariamente alla successiva accertata mancanza dei presupposti della stessa.*

Tribunale di Savona, 15 giugno 2012 - Pres. Princiotta - M. c. Ministero Economia e delle Finanze.

USUCAPIONE - beni immobili pervenuti allo stato ai sensi dell'art. 586 c.c. a titolo di eredità - decorso del termine utile per l'usucapione del diritto da parte del terzo - mancata notifica dell'esercizio del possesso da parte del terzo - regime di cui all'art. 1163 c.c., nel testo successivo alla modifica ex art. 1, comma 260, della L. n. 296 del 2006 - impedimento - fattispecie.

(Art. 1163 c.c.; art. 1 comma 260 L. 296/2006)

La mancata notifica da parte del terzo dell'esercizio del possesso su un bene pervenuto all'Agenzia del Demanio a titolo di eredità ai sensi dell'art. 586 c.c., impedisce il decorso del termine utile per l'usucapione quando, all'epoca di entrata in vigore della modifica dell'art. 1163 c.c. ad opera dell'art. 1, comma 269, della Legge n. 296 del 2006 tale temine non sia ancora compiutamente decorso (nella specie il Tribunale adito ha ritenuto che non fosse ancor decorso il termine utile per l'usucapione di una porzione di un terreno da parte dei ricorrenti - pervenuto allo Stato in via ereditaria ai sensi dell'art. 586 c.c. - iniziata nel 1995 da parte dei ricorrenti i quali non avevano provveduto a notificare l'Agenzia del Demanio dell'esercizio del possesso).

TZ.LND.

Documenti

*Gli accordi patrimoniali nella crisi coniugale**

Andrea Fusaro

Professore Ordinario, Università di Genova

Sommario: A. *Tassonomia* - B. *Differenze rispetto alle convenzioni matrimoniali* - C. *Gli accordi relativi alla separazione personale (art. 158 c.c.)* - C. 2. *La questione della revocabilità del consenso prestato innanzi al Presidente del Tribunale* - C. 2.1. *Anteriormente all'omologazione* - C. 2.2. *Successivamente all'omologazione* - C. 3. *Il travolgimento dell'accordo a seguito della pronuncia di addebito* - C. 4. *Le clausole anteriori o contemporanee al procedimento di omologazione sono operanti soltanto se si collocano in posizione di non interferenza rispetto all'accordo omologato* - C. 5. *Nullità per difetto di forma della donazione perfezionata nel corso della separazione* - C. 6. *Confidurabilità di contratti a favore del terzo?* - C. 7. *Nullità delle rinunce alimentari* - C. 8. *La transazione conclusa in sede di separazione può riguardare altri rapporti* - C. 9. *Il riconoscimento della titolarità esclusiva di immobili ha natura attributiva e non configura atto di accertamento* - C. 10. *Le modifiche pattuite successivamente all'omologa trovano fondamento nell'art. 1322 c.c.* - C. 11. *La riconciliazione* - C. 12. *Profili fiscali* - D. *La sopravvenuta dichiarazione di nullità del matrimonio* - E. *Azione revocatoria - presunzione di onerosità* - F. *La validità degli accordi conclusi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio* - G. *L'invalidità degli accordi in vista del divorzio* - G. 1. *L'inefficacia rispetto al divorzio degli accordi raggiunti in sede di separazione* - G. 2. *La nullità dei patti in vista del divorzio vale anche per quelli a favore del coniuge debole?* - G. 3. *Divorzio estero* - G. 4. *Un'apertura verso la prefigurazione dell'esito della confusione patrimoniale?*

A. Tassonomia.

L'autonomia negoziale nella famiglia è variamente osservabile sul fronte personale o patrimoniale, nelle relazioni reciproche tra i coniugi oppure nei rapporti con i figli, durante il matrimonio o nella crisi coniugale, persino in ordine agli effetti del decesso di un componente.

Ove si adotti il criterio cronologico, gli accordi saranno raggruppabili a seconda del momento del loro perfezionamento: prima del matrimonio per regolare la vita comune oppure per prefigurare gli esiti della separazione; durante il matrimonio in vista della separazione; in sede di separazione con riferimento al divorzio.

Le intese riguardanti l'indirizzo della vita familiare e la fissazione della residenza si lasciano apprezzare dall'art. 148 c.c. quali accordi; quelle aventi ad oggetto la scelta del regime matrimoniale si identificano con le convenzioni matrimoniali. I patti perfezionati in prospettiva della crisi coniugale possono riguardare il mantenimento del coniuge, la sua liquidazione forfettaria, i rimborsi e le restituzioni, la divisione della comunione (legale, o di quella che trova fonte nella confusione

*[materiali raccolti per la lezione "Famiglie e vicende del patrimonio", tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura di Scandicci (Fi) il 29 maggio 2013]

ne patrimoniale ingenerata dalla "condivisione del tetto e della mensa"), la riconoscenza di diritti patrimoniali, i trasferimenti immobiliari.

L'efficacia di consueto immediata lascia talora il posto a quella preliminare o definitiva condizionata. Alla forma dell'atto pubblico, prescritta per le convenzioni matrimoniali, si affianca per taluni accordi la scrittura privata ed il verbale giudiziale.

Il loro valore giuridico oscilla: tra i due poli della validità e della nullità si collocano situazioni intermedie in cui essi sono meri elementi considerabili dal giudice.

L'indagine condotta sulla giurisprudenza restituisce una casistica abbondante soprattutto a rido di crisi coniugale, la cui analisi solleva interrogativi sia circa la prassi sulla redazione dei patti sia in ordine alla loro disciplina giuridica. Non emerge con chiarezza se gli accordi anteriori alla separazione siano conclusi a rido di crisi, ma non durante il matrimonio; il criterio della validità subordinata alla non interferenza con accordi omologati non è adattabile ai patti perfezionati anteriormente al matrimonio.

Sul versante patrimoniale, il tema è stato tradizionalmente coltivato - per un verso - con riferimento all'ammissibilità di convenzioni matrimoniali atipiche, e - per altro - a margine della crisi coniugale, rispetto alla composizione delle vertenze maturate, approfondendolo nella mappatura della zona franca dall'intervento giudiziale. La programmazione è stata sempre trascurata in ragione del confinamento della sua ammissibilità alla eventuale dichiarazione di nullità del matrimonio. Tale atteggiamento restrittivo sopravvive in giurisprudenza, ricevendo ossequi in linea di principio, ma sembra vacillare sotto il peso delle critiche della dottrina e la pressione sociale.

La linea osservata dalle corti soffre parecchie discontinuità, esibisce sottili questioni civilistiche irrisolte oppure affrontate con risposte non sempre appaganti. Gli accordi in vista della separazione sono invalidi nel senso che non vincolano le parti, oppure che il giudice non ne tiene conto in alcun modo? Fanno eccezione, da un lato, la finalità transattiva autonoma, dall'altro, gli impegni sfavorevoli all'onerato? Si tratta di nullità relativa, sebbene ricondotta alla illecità della causa? L'illecità di un'intesa prematrimoniale rapportata alla causa non vale rispetto alla condizione?

Si riporta qui di seguito una rassegna delle decisioni più significative reperite in materia.

B. Differenze rispetto alle convenzioni matrimoniali.

"L'atto con cui un coniuge si obbliga a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, successivamente all'omologazione della loro separazione personale consensuale ed al dichiarato fine della integrativa regolamentazione del relativo regime patrimoniale, non configura una convenzione matrimoniale ex art. 162 c.c., postulante il normale svolgimento della convivenza coniugale ed avente riferimento ad una generalità di beni anche di futura acquisizione, né un contratto di donazione, avente come causa tipici ed esclusivi scopi di liberalità (e non l'esigenza di assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati), bensì un diverso contratto ati-

pico, con propri presupposti e finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina e, quindi, se concernente immobili, validamente stipulabile con scrittura privata, senza necessità di atto pubblico (art. 1350 c.c.)". Cass., 11.5.1984, n. 2887; "L'atto interveniente tra i coniugi separati di fatto col quale, al fine di disciplinare i reciproci rapporti economici, un coniuge s'impegna a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, non configura una convenzione matrimoniale ex art. 162 c.c., postulante lo svolgimento della convivenza coniugale ed il riferimento ad una generalità di beni, anche di futura acquisizione, ma un contratto atipico, con propri presupposti e finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina e, quindi, se relativo a beni immobili, validamente stipulabile con scrittura privata senza necessità di atto pubblico." Cass., 12.9.1997, n. 9034, in *Famiglia e diritto*, 1998, 81. Nello stesso senso, la recente Cass., 23.9.2013, n. 21736, in *Guida dir.*, 2013, 42,52.

C. Gli accordi relativi alla separazione personale (Art. 158 c.c.).

1. Inefficacia degli accordi preventivi non omologati.

"Nel giudizio di separazione personale dei coniugi, deve escludersi che le statuzioni in tema di addebitabilità della separazione medesima e di assegno di mantenimento possano essere vincolate da eventuali accordi in precedenza intervenuti fra le parti, stante la inidoneità di tali accordi a produrre effetti in mancanza di omologazione (art. 158 c.c.)". Cass., 11.7.1985, n. 4124.

2. La questione della revocabilità del consenso prestato innanzi al Presidente del Tribunale.

2.1. Anteriormente all'omologazione.

- App. Reggio Calabria, 2.3.2006, in *Giur. Merito*, 2007, 1, 81, con nota di S. Mezzanotte, *Separazione consensuale dei coniugi: il problema della revocabilità unilaterale del consenso prima dell'omologazione*.

Nelle more del procedimento di separazione personale dei coniugi, la moglie aveva revocato il consenso prestato all'udienza presidenziale, cosicché il Collegio non aveva omologato. Il marito aveva proposto reclamo avverso il suddetto provvedimento, ai sensi dell'art. 739 c.p.c., chiedendo che la Corte procedesse alla omologazione negata dal Tribunale, deducendo che la moglie, una volta prestato validamente il consenso alla separazione consensuale innanzi al Presidente del Tribunale, non poteva più revocarlo unilateralmente.

Il reclamo venne respinto nel merito, contestando l'assunto del reclamante- benché confortato dalla dottrina e da buona parte della giurisprudenza di merito - secondo il quale la revoca unilaterale del consenso, intervenuta dopo che i coniugi lo hanno validamente confermato all'udienza di comparizione, sottrivendo anche il relativo verbale, dovrebbe essere considerata inefficace e non potrebbe, perciò, impedire l'omologazione della separazione consensuale. Fu preferito l'orientamento, seppur decisamente minoritario, seguito dal Tribunale di Reggio Calabria osservando che le norme che regolano il procedimento di separazione consensuale conferiscono al giudice un potere integrativo (e talora sostitutivo) della volontà dei coniugi, di tal che il provvedimento di omologazione, lungi dal costituire una mera presa d'atto della volontà dei coniugi o un semplice visto di esecutorietà collegato ad un riscontro di pura legittimità formale, si pone come elemento costitutivo della fattispecie. La volontà dei coniugi e il decreto di omologazione costituiscono, in altre parole, elementi ugualmente necessari e concorrenti. Con la conseguenza che, fintantoché non sia intervenuto il decreto di omologazione, è sempre rilevante il ripensamen-

to dei coniugi circa l'accordo di separazione, e pertanto la revoca motivata del consenso, anche se unilaterale, impedisce l'omologazione della separazione.

Né all'accordo intervenuto tra i coniugi può applicarsi l'art. 1372 c.c., il quale stabilisce che il contratto, che ha forza di legge tra le parti, non può essere sciolto che per mutuo consenso: a rendere problematica l'applicazione della norma in questione basta il rilievo che l'accordo di separazione consensuale non può definirsi contratto, se contratto è per definizione di legge (art. 1321 c.c.) l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale, mentre l'accordo di separazione si configura come un negozio a contenuto più ampio che costituisce manifestazione dell'autonomia dei coniugi nei rapporti personali.

D'altra parte, ragioni di buon senso impediscono che si omologhi un accordo di separazione consensuale quando si ha la certezza che la volontà di uno dei due coniugi è per un qualsiasi motivo mutata e - come notato da autorevole dottrina - il consenso "è già nei fatti venuto meno [e] addirittura rischia di trasformarsi in un casus belli tra coniugi che stanno per separarsi".

2.2. Successivamente all'omologazione.

- Trib. Milano, Sez IX civ, decreto 27.3.2013: "...ormai costante è l'orientamento giurisprudenziale in forza del quale la separazione consensuale trova la sua unica fonte nel consenso manifestato dai coniugi dinanzi al presidente del tribunale (atteso che l'art. 158 c.c. fa dipendere la separazione dal solo consenso dei coniugi) e la successiva omologazione agisce come mera condizione di efficacia dell'accordo, di per sé già integrante un negozio giuridico perfetto ed autonomo (Cass. 30.4.2008, n. 10932); ritenuto, infatti, che la Corte di legittimità ha altresì precisato che il decreto di omologazione viene emesso nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione e si sostanzia in un provvedimento con il quale il tribunale, esercitato positivamente il proprio controllo sull'osservanza del rito e sulla conformità delle clausole convenzionali sottopostegli dai coniugi alle norme imperative che regolano la materia ed all'ordine pubblico, imprime efficacia giuridica all'accordo già intervenuto tra le parti (Cass. n. 3390 del 2001); ritenuto che l'accordo di separazione costituisce pertanto un atto essenzialmente negoziale, espressione della capacità dei coniugi di autodeterminarsi responsabilmente, ponendosi come "uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia" (cfr. Cass. n. 17607 del 2003), mentre al giudice è attribuito un mero potere/dovere di controllo nell'ambito della procedura di omologazione, destinata a definirsi non certo con una sentenza costitutiva dei rapporti tra i coniugi separati bensì, e solo, con un decreto che si connota come semplice condizione di efficacia del consenso già manifestato; ritenuto che l'esclusione della natura contrattuale dell'accordo di separazione ed il suo inquadramento nella categoria negoziale comportano la non operatività delle norme proprie del contratto che trovano ragione nella specifica natura di questo e, tuttavia, "non esclude che possano applicarsi, nei limiti della loro compatibilità, le norme del regime contrattuale che riguardano in generale la disciplina del negozio giuridico o che esprimono principi generali dell'ordinamento, come quelle in tema di vizi del consenso e di capacità delle parti" (Cass. n. 10932/2008); ritenuto che l'esito di siffatta ricostruzione è l'applicabilità alla separazione consensuale delle norme generali relative alla disciplina dei vizi della volontà, entro i limiti di compatibilità con la specificità di tale negozio di diritto familiare (cfr. Cass. n. 7450 del 2008, Cass. n. 6625 del

2005, Cass. n. 17902 del 2004, Cass. n. 17607 del 2003 nonché la recente Cass. n. 6343 del 21.3.2011); ritenuto che viene per tale via ad escludersi la possibilità per ciascuno dei coniugi di far valere il proprio diritto e di contestare l'eventuale vizio del consenso mediante la via interna del procedimento camerale e, in ispecie, attraverso la mera unilaterale revoca del consenso in precedenza prestato in funzione di ostacolo alla successiva omologazione dell'accordo che si assume non più conveniente o, in taluni casi, inficiato da vizio della volontà; ritenuto che la Suprema Corte (sent. 8.5.2008, n. 11488) ha altresì avuto occasione di sottolineare come gli accordi negoziali sottoscritti in sede di separazione non siano modificabili in relazione a fatti dei quali le parti avrebbero dovuto tenere conto al momento della conclusione di detti accordi, ma unicamente in relazione alla sopravvenienza di fatti nuovi che abbiano alterato la situazione preesistente, mutando i presupposti in base ai quali le parti avevano stabilito le condizioni della separazione, sì che del tutto estranei a tale ambito sono i fatti preesistenti alla regolamentazione patrizia non presi in considerazione, per qualsiasi motivo, in quella sede; ritenuto che la complessiva valenza di dette enunciazioni di principio e, in ispecie, la riconosciuta natura negoziale dell'accordo di separazione, fanno sì che non si riveli ammissibile la revoca unilaterale del consenso prestato, fatta del resto salva la possibilità per il dissentiente di agire in via ordinaria per far valere l'eventuale sussistenza dei vizi del percorso di formazione della volontà; ritenuto che, ancora, l'affermata negozialità dell'accordo comporta il superamento della più risalente opzione interpretativa che vedeva nella separazione consensuale una fattispecie a formazione progressiva, dove l'accordo tra i coniugi e il decreto di omologazione costituivano elementi entrambi necessari per costituire lo stato di separazione; ritenuto che, di conseguenza, ladove il dissenso unilaterale intervenga dopo che i coniugi hanno confermato dinanzi al presidente la propria volontà di separarsi alle condizioni contenute nel ricorso ma prima dell'emissione del decreto di omologa, la revoca si connota come irrilevante poiché l'accordo è da reputarsi già perfezionato; ritenuto che, del resto, univoco è il recente orientamento di legittimità volto ad escludere che al giudice competente per l'omologazione possano essere sottoposte questioni afferenti un presunto vizio della volontà, questioni per la cui soluzione deve farsi dunque ricorso all'instaurazione di un separato giudizio ordinario volto al riscontro della dedotta nullità; ritenuto che il decreto di omologazione può, invece, stimarsi impugnabile per vizio proprio di legittimità (Cass. n. 8712 del 24 agosto 1990), quanto a dire, come sottolineato dalla migliore dottrina, per violazione delle disposizioni di legge attinenti al procedimento in sé considerato e non già al negozio che il procedimento tende meramente a controllare; ritenuto che, inoltre e per l'effetto, alla revoca ex art. 742 c.p.c. del decreto di omologazione potrebbe, al più, pervenirsi ladove detto provvedimento risultasse incompleto ovvero inficiato da vizi di forma, della cui insussistenza nel caso di specie già si è trattato; ritenuto che il presunto mancato controllo della conformità delle pattuizioni raggiunte (peraltro attraverso l'assistenza di un legale e in epoca risalente, all'evidenza anteriore al deposito del ricorso congiunto) all'interesse della prole minore non trova conforto nel tenore delle condizioni medesime, posto che il tribunale a mente dell'art. 155 c.c. deve, in linea generale, recepire le intese dei genitori (comma secondo: prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori) e può intervenire, suggerendo correttivi e adeguamenti, solo nel caso in cui appaia *ictu oculi* una violazione dei diritti della prole, qui non

certo manifesta; rilevato, infatti, che la "palese iniquità" rappresentata dalla ricorrente non attiene alle modalità di affidamento dei minori o all'attuazione del loro diritto alla biogenitorialità divenuta punto cardine della normativa introdotta con legge n. 54/2006, bensì alla misura del contributo da ciascun genitore dovuto per il loro mantenimento, con la specificità che quello paterno, concordato, avrebbe come effetto l'insorgere di una obbligazione maggiore a carico di essa madre: da qui la conclusione che non della mancata tutela della prole intende in realtà dolersi la ricorrente, bensì dell'entità degli obblighi su di sé gravanti a favore della stessa, a suo dire integranti una sperequazione sul piano contributivo tra i due genitori; rilevato che tale profilo esula, anche ove tale difetto di proporzionalità fosse sussistente, dal controllo che in sede di omologa deve il Tribunale operare, dal momento che l'obbligo di mantenimento in favore dei figli è tra i genitori solidale e la ripartizione in rapporto alla capacità di ciascuno, ex artt. 147 e 148 c.c., ha valore puramente interno tra i coobbligati, sì che attiene ai rapporti tra i genitori e non a quelli tra questi ultimi e i figli (cfr. ex multis, Cass. n. 15756 dell'I 1.7.2006, ove è fra l'altro presente espresso richiamo alle regole dettate dall'art. 1299 c.c. nei rapporti tra condebitori solidali).

3. Il travolgimento dell'accordo a seguito della pronuncia di addebito.

Cass. 8.5.2013, n. 10718: "La domanda rivolta a richiedere un assegno di natura alimentare costituisce un minus ricompreso nella più ampia domanda di riconoscimento di un assegno di mantenimento per il coniuge. Si tratta pertanto di una domanda ammissibile, ancorché formulata in conseguenza della dichiarazione di addebito per la prima volta in appello che non può essere qualificata come nuova ai sensi dell'art. 345 c.p.c., considerata anche la natura degli interessi ad essa sottostanti".

"Nella sentenza impugnata, la corte d'Appello di Torino, confermando la pronuncia del Tribunale con la quale era stata pronunciata la separazione personale tra L.P. e C.M.A., con addebito ad entrambi i coniugi ed esclusione di statuzioni patrimoniali, aveva rigettato gli appelli proposti da entrambe le parti, volti a contestare la pronuncia di addebito posta a loro rispettivo carico e quanto alla C. anche a richiedere un assegno di mantenimento in suo favore o quanto meno un assegno di natura alimentare.

In ordine alle domande patrimoniali svolte dalla C., la Corte d'Appello, escluso l'assegno di mantenimento a causa dell'addebitabilità reciproca, osservava che il riferimento ad accordi preventivi di natura economica, assunti dai coniugi in costanza di matrimonio, all'esito di una fase di conflittualità particolarmente accesa, verificatasi nell'anno 1999, era del tutto irrilevante ai fini del riconoscimento del predetto assegno, da escludersi ex lege mentre la domanda relativa all'assegno alimentare doveva reputarsi tardiva in quanto formulata per la prima volta in appello[...].

Nel terzo motivo viene censurata la violazione dell'art. 1322 cod. civ. per avere la Corte omesso di considerare le scritture private stipulate dalle parti nel giugno 1999 per la regolamentazione dei rapporti economici dopo la predetta crisi coniugale nei quali si conveniva un importo mensile ritenuto idoneo alle necessità della ricorrente. Secondo la ricorrente l'accordo in oggetto deve ritenersi valido alla luce della recente giurisprudenza in materia di famiglia in quanto relativo all'assegno di mantenimento in caso di crisi coniugale, potendo risultare affatto esclusivamente da nullità relativa eccepibile solo dall'avente diritto, non avendo ad

oggetto l'esclusione dell'obbligo di mantenimento. Il motivo si chiude con il seguente quesito: "Sono legittimi gli accordi tra coniugi volti ad attribuire disposizioni o vantaggi economici ad un coniuge in caso di crisi del matrimonio?" [...].

Il terzo motivo è manifestamente infondato. L'accordo, di natura negoziale, posto a base del motivo ha avuto ad oggetto la regolamentazione dei rapporti economici tra i coniugi all'esito di una fase critica del rapporto coniugale che, però, si è consumata all'interno del rapporto stesso secondo quanto emerge dalla ricostruzione dei fatti, incensurabilmente condotta dal giudice del merito e, sostanzialmente coincidente con quanto affermato dalle parti. Non risulta che tale regolamentazione avesse ad oggetto la predisposizione della misura dell'assegno di mantenimento in vista di una futura separazione personale tra i coniugi, e, soprattutto, quand'anche si fosse potuto scorgere tale intento, la dichiarazione di addebito e le conseguenze patrimoniali ad esse ex lege riconducibili (art. 156, primo e terzo comma cod. civ.) inducono ad escluderne radicalmente la vincolatività.

4. Le clausole anteriori o contemporanee al procedimento di omologazione sono operanti soltanto se si collocano in posizione di non interferenza rispetto all'accordo omologato.

"In tema di separazione consensuale, le clausole anteriori o contemporanee al procedimento di omologazione sono operanti soltanto se si collocano in posizione di non interferenza rispetto all'accordo omologato (come le clausole concernenti un aspetto della separazione non disciplinato nell'accordo formale), oppure in posizione di conclamata e incontestabile maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato (come, ad esempio, allorché l'assegno di mantenimento sia stato preconcordato in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione)." Cass. 22. 1.1994, n. 657, in *Vita not.*, 1995, 126 nota Curti, *Dir. eccl.*, 1995, II, 148, *Foro it.* 1995, I, 2984, *Dir. Fam.* 1994, 868, *Giust. civ.*, 1994, I, 912, *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 710 nota Ferrari, *Fam. e dir.*, 1994, 139 nota Carbone, *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1476. Cass. 11.6.1998, n. 5829.

5. Nullità per difetto di forma della donazione perfezionata nel corso della separazione.

"Nel procedimento per la separazione consensuale, di cui all'art. 711 c.p.c., il provvedimento di omologazione del Tribunale, operando sul piano del controllo, ha lo scopo di attribuire efficacia all'accordo privato dall'esterno, senza operare alcuna integrazione della volontà negoziale delle parti. Di conseguenza, ove nell'accordo i coniugi abbiano convenuto una donazione, l'omologazione non vale a rivestire l'atto negoziale della forma dell'atto pubblico, richiesto dall'art. 782 c.c., che gli art. 2699 e 2700 c.c. impongono sia "redatto" e "formato" dal pubblico ufficiale". Cass., 8. 3. 1995, n. 2700, in *Dir. Fam.* 1995, 1390, *Il civilista*, 2010, 9, 94.

6. Configurabilità di contratti a favore del terzo?

In un accordo di separazione consensuale tra coniugi figurava una clausola secondo la quale il marito si obbliga a mettere a disposizione del figlio oltre che della moglie, per tutta la durata della loro vita, un'abitazione, ad integrazione dell'assegno di mantenimento dovuto agli stessi.

E' stata cassata la sentenza che aveva accolto la domanda di restituzione dell'immobile, proposta dal padre nei confronti del figlio dopo il divorzio dalla moglie e dopo il raggiungimento della maggiore età e dell'indipendenza economica da parte del figlio medesimo, ritenendo intervenuta una re-

voca della stipulazione in favore di terzo non accettante, ed al giudice di rinvio viene rimesso di valutare l'incidenza delle circostanze sopravvenute "nell'ottica di una convenzione di diritto di famiglia" (nella specie, era passata in giudicato, per mancata impugnazione, la sentenza di primo grado nella parte in cui negava il diritto di godimento dell'immobile alla moglie divorziata). Cass., 25. 9. 1978, n. 4277, in *Foro it.* 1979, 718, I, *Giust. civ.* 1979, I, 83, *Il civilista* 2010, 6, 72.

7. Nullità delle rinunce alimentari.

"È nulla la rinuncia al pagamento dell'assegno fissato per la moglie ed i figli in sede di separazione consensuale omologata, sia pure limitata agli arretrati, ove l'assegno medesimo abbia natura alimentare, e tale nullità può essere fatta valere dalla madre affidataria della prole anche per la quota di spettanza dei figli diventati maggiorenni, attesa la legittimazione della prima a richiedere il pagamento delle somme dovute a tale titolo per i secondi." Cass., 21.5.1984, n. 3115.

8. La transazione conclusa in sede di Separazione può riguardare altri rapporti.

"L'accordo con il quale i coniugi pongono consensualmente termine alla convivenza può anche riguardare rapporti non immediatamente riferibili, né collegati in relazione causale al regime di separazione o ai diritti ed agli obblighi del perdurante matrimonio (cosiddette convenzioni familiari caratterizzate da un sostanziale parallelismo di volontà ed interessi) e pertanto può anche consistere in una transazione, ove ne rispecchi i requisiti di forma e di sostanza, sempre che non comporti una lesione di diritti inderogabili". Cass., 15. 3. 1991, n. 2788, in *Foro it.* 1991, I, 1787.

"Anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento d'interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o di presupposti di fatto estranei al rapporto originario (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che ha ritenuto novativa e, quindi, non suscettibile di risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1976 c.c., la transazione con la quale il marito si obbligava esplicitamente, in vista della separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti)." Cass., 12. 5. 1994, n. 4647.

9. Il riconoscimento della titolarità esclusiva di immobili ha natura attributiva e non configura atto di accertamento.

"Ha natura attributiva (e non di mera dichiarazione di scienza) se riveste la forma scritta, voluta dalla legge (art. 1350 c.c.) - non integrando né una donazione né una convenzione matrimoniale - la clausola con la quale i coniugi, nel verbale di separazione, ad integrazione del regolamento dei reciproci rapporti patrimoniali in funzione della separazione, si attribuiscono, senza versamento di corrispettivo, certi beni, anche immobili. "Cass., 11.11.1992, n. 12110, in *Giust. civ.* 1993, I, 1220, *Dir. Fam.*, 1993, 471.

10. Le modifiche pattuite successivamente all'omologa trovano fondamento nell'art. 1322 c.c.

"In tema di separazione consensuale, le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, trovando fon-

damento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dall'art. 710 c.p.c., quando non varchino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c". Cass. 24. 2.1993, n. 2270, in *Giust. civ.* 1994, I, 213, *Dir. fam.* 1994, 554.

11. Riconciliazione.

In materia di comunione legale tra i coniugi, la separazione personale costituisce causa di scioglimento della comunione, che è rimossa dalla riconciliazione dei coniugi, dalla quale deriva il ripristino del regime di comunione originariamente adottato; tuttavia, in applicazione dei principi costituzionali di tutela della buona fede dei contraenti e della concorrenza del traffico giuridico (art. 2 e 41, cost.), occorre distinguere tra effetti interni ed esterni del ripristino della comunione legale e, conseguentemente, in mancanza di un regime di pubblicità della riconciliazione, la ricostituzione della comunione legale derivante dalla riconciliazione non può essere opposta al terzo in buona fede che abbia acquistato a titolo oneroso un immobile dal coniuge che risultava unico ed esclusivo del medesimo, benché lo avesse acquistato successivamente alla riconciliazione (Fattispecie alla quale "ratione temporis" non era applicabile l'art. 69, d.P.R. n. 396 del 2000, che ha previsto l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio delle dichiarazioni con le quali i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione).

Il ripristino del regime di comunione legale, conseguente alla riconciliazione dei coniugi separati, è inopponibile al terzo che, in buona fede, abbia acquistato un immobile dal coniuge che al momento della vendita ne risultava unico proprietario, per averlo acquistato in regime di separazione.

In difetto di alcuna comunicazione dell'evento riconciliativo, secondo le norme generali che governano la pubblicità delle vicende giuridiche a tutela dei terzi - ed, ora, secondo il meccanismo di annotazione specificamente predisposto per la riconciliazione, come per la separazione, dei coniugi dagli art. 63, 69 d.P.R. n. 396 del 2000 - l'intervenuto ripristino del regime ordinario di comunione dalla data della riconciliazione, non può essere opposto ai terzi che, come nella specie, abbiano acquistato in buona fede, a titolo oneroso, dal coniuge che risultava unico ed esclusivo titolare dell'immobile alienato, per averlo acquistato, come da annotazione a margine dell'atto di matrimonio, in regime di separazione dei beni.

La riconciliazione dei coniugi separati, già in regime di comunione legale, comporta il ripristinarsi tra gli stessi, con efficacia "ex nunc", del regime patrimoniale della comunione legale. Peraltro, in mancanza di una adeguata forma di pubblicità, la ricostituzione del regime patrimoniale della comunione legale non è opponibile ai terzi in buona fede che abbiano acquistato a titolo oneroso da uno dei coniugi che, in atto, si sia dichiarato separato dall'altro coniuge e in regime di separazione dei beni.

Cass., 5.12.2003, n. 18619, in *Fam. e dir.*, 2004, 253, nota Sesta, *Dir. fam.* 2004, 401, nota Ambrosio.

12. Profili fiscali.

L'articolo 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74 dispone che: "Tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli artt. 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898..., sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa".

Corte Cost. 10.5.1999 n. 154 ha individuato la finalità del-

l'articolo 19 legge 74/1987 nell'esigenza di "agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale" nei procedimenti di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché nei provvedimenti di separazione personale dei coniugi. Tenuto conto della predetta "ratio", ne consegue che l'esenzione ai fini tributari riguarda soltanto gli oneri relativi al procedimento giudiziale in senso stretto, e non anche gli accordi di natura economico-patrimoniale che le parti adottano in tale contesto.

Cass., 3.12.2001 n. 15231 ha precisato che: "Le agevolazioni di cui all'artt. 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74, come interpretato e modificato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 154 del 1999, operano - quanto agli atti ed accordi finalizzati allo scioglimento della comunione tra coniugi conseguente alla separazione - limitatamente all'effetto naturale della separazione, costituito dallo scioglimento automatico della comunione legale, e non competono con riferimento ad atti - solo occasionalmente generati dalla separazione - di scioglimento della comunione ordinaria tra gli stessi coniugi, che ben potrebbe persistere nonostante la separazione".

Cass., 22.5.2002 n. 7493 ha aggiunto che: "Naturalmente l'esenzione non opera quando si tratta di atti ed accordi che non siano finalizzati allo scioglimento della comunione tra coniugi conseguente alla separazione, ma siano solo occasionalmente generati dalla separazione stessa".

Per lungo tempo, sulla scorta dell'assunto per cui l'agevolazione suddetta opera limitatamente all'effetto naturale della separazione costituito dallo scioglimento automatico della comunione legale e non compete con riferimento ad atti solo occasionalmente generati dalla separazione (Ris. N.375/E del 2007), si è esclusa l'estensione del beneficio in parola ad atti gratuiti effettuati nei confronti di soggetti terzi, in quanto tale circostanza non era considerata funzionalmente collegata con lo scioglimento del matrimonio, ritenendola realizzabile in qualunque altro momento (Ris. N.151/E del 2005). La negazione - ad opera dell'Agenzia delle Entrate - delle esenzioni fiscali alle attribuzioni effettuate in favore dei figli è stata ritenuta illegittima sia dalla Cassazione sia dalla Corte Costituzionale, le quali hanno ritenuto che l'esplicita connessione di tali trasferimenti con la sistemazione dei profili economici della crisi coniugale consente, invero, l'applicazione dell'esenzione fiscale.

Cass., sez. trib., 30.9.2005, n. 11458 ha affermato quanto segue: "l'art. 19 L. 6 marzo 1987, n. 74, ... in base alla sentenza 10 maggio 1999, n. 154, della Corte costituzionale, estensiva dell'orientamento da essa già assunto con la sentenza 15 aprile 1992, n. 176, dev'essere interpretato nel senso che l'esenzione ... si estende «a tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi», in modo da garantire l'adempimento delle obbligazioni che i coniugi separati hanno assunto per conferire un nuovo assetto ai loro interessi economici (Corte costituzionale 25 febbraio 1999, n. 41), anche con atti i cui effetti siano favorevoli ai figli (in questo senso già si era pronunciata la Corte costituzionale con sentenza 15 aprile 1992, n. 176, ma ancor più chiaramente e decisamente il principio è enunciato dalla sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2003, n. 202)...l'interpretazione della citata giurisprudenza costituzionale impone un'applicazione dell'esenzione tributaria anche agli atti di esecuzione della separazione personale, i cui effetti siano favorevoli ai figli".

Con la Circolare 21 giugno 2012, numero 27E l'Agenzia delle Entrate ha finalmente preso atto del contrasto con la giurisprudenza costituzionale e di legittimità dell'orientamento ministeriale restrittivo, per l'innanzi sostenuto, ammettendo

l'applicabilità dell'esenzione fiscale ai trasferimenti in favore dei figli "...a condizione che il testo dell'accordo omologato dal tribunale, al fine di garantire la certezza del diritto, preveda esplicitamente che l'accordo patrimoniale a beneficio dei figli, contenuto nello stesso, sia elemento funzionale ed indispensabile ai fini della risoluzione della crisi coniugale". La Circolare 27/E-2012, dopo aver preso atto che l'orientamento restrittivo sino allora praticato dall'Erario era stato disapprovato da Corte Costituzionale e Cassazione, ha puntualizzato la subordinazione dell'esenzione fiscale alla stretta connessione del trasferimento ai figli con la sistemazione della crisi coniugale, così da negarla per i trasferimenti programmati e/o perfezionati semplicemente "in occasione" della crisi coniugale, senza trovare causa in essa. In materia vige, peraltro, una presunzione di afferenza di tutte le pattuizioni alla sistemazione della crisi coniugale; in ogni caso, la verifica dev'essere operata in concreto, difettando la prescrizione di alcuna formula rituale, né dichiarazione espressa.

D. La sopravvenuta dichiarazione di nullità del matrimonio.

1. Conserva validità il contratto preliminare di trasferimento immobiliare concluso in sede di separazione.

"La sopravvenuta dichiarazione di nullità del matrimonio non estingue l'obbligazione assunta da un coniuge di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile, a scopo di mantenimento, o di alimenti, per il periodo di separazione antecedente alla dichiarazione di nullità del vincolo; né tale dichiarazione costituisce evento risolutivo di un trasferimento già operato od evento ostativo all'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore ove sia stato incensurabilmente accertato dal giudice che l'attribuzione patrimoniale non sia stata implicitamente subordinata (principio della presupposizione) alla persistente validità del matrimonio ma alla esistenza di oneri economici nascenti dal vincolo nuziale, alla cui regolamentazione le parti intesero provvedere. " Cass. 5. 7. 1984, n. 3940, in *Dir. fam.*, 1984, 922.

E. Azione revocatoria - presunzione di onerosità.

"Le attribuzioni patrimoniali dall'uno all'altro coniuge effettuate in sede di accordi di separazione sono suscettibili di essere revocati ai sensi dell'art. 2901 c.c.

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'actio 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" (il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio coniunto), il quale, sfuggendo - 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), svela, di norma, 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 (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale". Cass., 23. 3.2004, n. 5741, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 283 nota Farina, Id., Cass., 14. 3. 2006, n. 5473, in *Guida dir.*, 2006, 21, 51.

F. La validità degli accordi conclusi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio.

"Gli accordi fra coniugi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio sono validi non venendo in gioco, in questo caso, una determinazione delle parti in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, con la conseguenza che il principio di autonomia contrattuale non soffre alcuna compressione per ragioni di ordine pubblico. Sono nulli (in quanto hanno una causa contraria all'ordine pubblico) gli accordi patrimoniali fra coniugi in vista o nell'eventualità di un futuro divorzio, essendo idonei ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo "status" personale. "Cass., 13.1.1993, n. 348, in *Nuova giur. civ. comm.* 1993, I, 950 nota Cubeddu, Rimini, *Vita not.* 1994, 91 nota Curti.

G. L'invalidità degli accordi in vista del divorzio.

1. L'inefficacia rispetto al divorzio degli accordi raggiunti in sede di separazione.

- "Gli accordi intervenuti fra i coniugi in regime di separazione personale, ancorché contengano rinunce o limitazioni dei diritti patrimoniali dell'uno nei confronti dell'altro, possono fornire solo parametri sussidiari, ma non spiegano effetti decisivi o vincolanti al fine del riconoscimento e della quantificazione dell'assegno di divorzio, da compiersi secondo gli autonomi criteri fissati dall'art. 5 della l. 1 dicembre 1970 n. 898." Cass., 25. 5.1983, n. 3597.

Il patto con il quale i coniugi, per l'eventualità di una futura pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, prevedano in favore dell'uno il diritto personale di godere della casa dell'altro, è affetto da nullità per causa illecita (ancorché sia inserito nei patti della separazione consensuale, limitatamente alla parte in cui disponga a far tempo da detta pronuncia), in quanto incide, direttamente od indirettamente, sui comportamenti difensivi nel processo di divorzio, ed altresì tocca la materia dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, che è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata alle determinazioni del giudice, a tutela di interessi anche pubblicistici."Cass., 11. 12.1990, n. 11788, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 156.

- "La pronuncia del giudice del divorzio, in ordine all'assegnazione della casa familiare, non è vincolata dall'accordo, con cui uno dei coniugi, in sede di separazione consensuale, si sia impegnato a costituire, in favore dell'altro coniuge, diritto d'usufrutto su detto immobile, salvo restando la deducibilità di tale impegno in separato giudizio, promosso ai sensi dell'art. 2932 c.c. (con la conseguenziale rilevanza, esclusivamente nell'ambito di questo diverso giudizio, delle questioni circa la validità ed efficacia di quell'accordo). "Cass., 2.12.1991, n. 12897.

- "L'accordo fra coniugi separati, con cui si preveda la persistente operatività di patti aventi contenuto economico anche in regime di divorzio, è nullo per illecitità, della causa pure in riferimento al godimento della casa familiare, non assumendo rilievo la circostanza che questa sia oggetto di comproprietà fra i coniugi medesimi, purché si verta in tema di convenzione sui rapporti correlati al matrimonio e non di contratto modificativo dell'assetto dominicale o costitutivo di diritti reali implicanti detto godimento. Con riguardo agli accordi di contenuto patri-

moniale fra coniugi separati, la nullità del patto, che ne preveda la persistente operatività anche in regime di divorzio (nullità derivante da illecità della causa, alla stregua dei condizionamenti del patto stesso sulla libertà di difesa nel giudizio di divorzio, nonché della sua interferenza su decisioni collegate anche ad interessi di ordine generale), deve essere affermata pure in riferimento al godimento della casa familiare, senza che rilevi la circostanza che questa sia oggetto di comproprietà dei coniugi medesimi, sempre che si verta in tema di convenzione sui rapporti correlati al matrimonio e non di contratto modificativo dell'assetto dominicale (o costitutivo di diritti reali implicanti detto godimento). "Cass. 20. 9.1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I, 1078, *Dir. fam.* 1992, 562.

- "In forza della radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio, deve considerarsi invalido l'accordo (eventualmente siglato in sede di separazione) con il quale i coniugi fissino il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio. Nella specie, si è ritenuto privo di valore l'accordo con il quale i coniugi determinarono all'atto della separazione consensuale la misura dell'assegno di divorzio spettante ai sensi dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970.

Infatti, un siffatto accordo non solo contrasta con l'art. 9 della medesima legge, il quale consente la revisione in ogni tempo delle disposizioni concernenti la misura e le modalità di versamento dell'assegno, ma anche, e soprattutto, ha causa illecita, in quanto appare sempre connesso, esplicitamente o implicitamente, alla finalità di viziare o limitare la libertà di difendersi nel successivo giudizio di divorzio, sia in relazione agli aspetti economici, sia in relazione alla stessa dichiarazione di divorzio, in contrasto anche con la nuova disciplina della legge n. 74 del 1987, che, configurando detto assegno con natura eminentemente assistenziale, ne si pone in evidenza il carattere di indisponibilità in relazione con il principio generale dell'ordinamento secondo cui gli emolumenti di varia natura correlati alle esigenze di vita (pensioni, alimenti, retribuzioni ecc.) sono indisponibili. "Cass. 4. 6. 1992, n. 6857, in *Giur. it.* 1993, I, 1, 338 nota Dalmotto.

- "Non viola il principio di indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del vincolo coniugale (ed è, pertanto, del tutto legittima) l'eventuale compensazione operata tra l'importo del credito vantato dall'ex coniuge in ragione del successivo incremento dell'assegno divorzile disposto dal giudice ed una somma in precedenza corrisposta dall'obbligato all'assegno stesso con funzione integrativa di quest'ultimo, da tenere in conto (come convenzionalmente pattuito tra i coniugi in sede di scioglimento del vincolo matrimoniale) nell'ipotesi, appunto, di verifica delle condizioni legali per un aumento, somma da considerare, conseguentemente, come una forma di anticipazione del maggior importo eventualmente dovuto in futuro all'ex coniuge. " Cass., 21. 2.2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 345 nota Grondona.

- "Gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illecità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione dell'art. 5 comma 81. n. 898 del 1970 nel testo di cui alla l. n. 74 del 1987 - a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico - non è applicabile al di fuori del giudizio di

divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati "secundum ius", non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio." Cass., 10. 3. 2006, n. 5302.

- "Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico - patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illecità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniiale, espresso dall'art. 160 c.c. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione - specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio - potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio.

Nella specie era stabilito che se la moglie si fosse opposta alla domanda di divorzio sarebbe stata obbligata al rilascio dell'immobile entro 10 giorni dalla richiesta." Cass., 18. 2. 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021, nota Balestra, *Vita not.*, 2000, 890.

2. La nullità dei patti in vista del divorzio vale anche per quelli favorevoli al coniuge debole?

"Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in via preventiva, il regime giuridico patrimoniale del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illecità della causa, anche nella parte in cui concernono l'assegno divorzile - che per la sua natura assistenziale è indisponibile - in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, trova fondamento nella esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole, la cui domanda di assegnazione dell'assegno divorzile potrebbe essere da detti accordi paralizzata o ridimensionata.

Tale principio non trova applicazione qualora l'autorità giudiziaria accerti che l'accordo (in parte, recepito nel verbale di separazione) aveva la funzione di porre fine ad alcune controversie insorte fra i coniugi, senza alcun riferimento, esplicito o implicito, al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti all'eventuale pronunzia di divorzio.

Parimenti il suddetto principio non trova applicazione qualora sia invocato dal coniuge che avrebbe potuto essere onerato dell'assegno divorzile, al fine di ottenere l'accertamento negativo dell'altrui diritto." Cass., 14. 6. 2000, n. 8109, in *Giust. civ.*, 2001, I, 457, nota Guarini, *Contratti* (I) 2001, 45, nota Della-casa, *Foro it.*, 2001, I, 1318, nota Russo; Ceccherini), *Famila*, 2001, 243 nota Ferrando.

3. Divorzio estero.

Cass. 18. 4. 2013, n. 9483, in *Fam. e dir.* 2013: "La sentenza straniera che disciplina i rapporti patrimoniali tra i coniugi è riconosciuta in Italia se le sue disposizioni non sono contrarie all'ordine pubblico. La valutazione che deve compiere il giudice al quale venga richiesto di accettare la conformità della sentenza straniera all'ordine pubblico italiano, deve essere fatta sugli effetti della decisione nel nostro ordinamento, e non sulla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana".

4. Un'apertura verso la prefigurazione dell'esito della confusione patrimoniale?

4.1 Cass., Sez. I civ., 14.6.2000, n. 8109, in *Giust. civ.* 2001, I, 457, con nota di Guarini, *Contratti* (I) 2001, 45, con nota di Dellacasa, in *Foro it.* 2001, I, 1318 con nota di nota Russo; Cec-

cherini, in *Familia* 2001, 243 con nota di Ferrando, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli assetti economici*: “Il principio di diritto secondo cui gli accordi con i quali i coniugi fissano in sede di separazione il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illecità della causa vale a tutelare la posizione del coniuge economicamente più debole che chiede la corresponsione dell’assegno, mentre non trova applicazione nel caso in cui la nullità venga invocata dal coniuge che, obbligato ai termini dell’accordo, intenda contestare le ragioni dell’altrui diritto di credito. L’accordo transattivo con il quale, in sede di separazione, il coniuge si impegna a corrispondere all’altro un assegno “vita natural durante”, per definire rapporti di natura patrimoniale oggetto di dispute giudiziarie, senza riferimento al futuro assetto dei rapporti economici tra i coniugi conseguenti all’eventuale pronuncia di divorzio, conserva la sua efficacia anche in seguito al divorzio, ma non preclude al beneficiario, che pure abbia rinunciato ad ogni altra pretesa economica, di domandare l’assegno di divorzio: nella determinazione di questo il giudice dovrà tener conto del credito già spettante al beneficiario.”

4.2. Trib. Torino, sez. VII, ord. 20. 4. 2012 - Pres. Est. Tamagnone. L’accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasta né con l’ordine pubblico, né con l’art. 160 c.c. (Nella specie le parti, pochi mesi prima della pronuncia di separazione «a conclusioni congiunte», avevano convenuto che l’erogazione dell’im-

porto a titolo di assegno di mantenimento a carico del marito sarebbe venuta a cessare all’atto dell’inizio della causa per la pronunzia della cessazione degli effetti civili del matrimonio, con impegno della moglie a «nulla pretender[e] [dal marito], né a titolo di una tantum né di mantenimento». In sede di udienza presidenziale di divorzio la suddetta intesa è stata ritenuta valida e vincolante, con conseguente rigetto della domanda della moglie volta ad ottenere un assegno).

4.3 Cass. 21.12.2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 323, con nota di Oberto, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine*: “In linea generale, gli accordi assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale e in vista del futuro divorzio, sono nulli per illecità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli status e dello stesso assegno di divorzio. L’accordo con cui, prima del matrimonio, il futuro coniuge si impegna a ritrasferire all’altro la proprietà di un immobile “in caso di fallimento di matrimonio” ed a titolo di corrispettivo per le spese sostenute per la ristrutturazione di altro locale adibito a residenza familiare, non configura un’ipotesi di accordo pre-matrimoniale nullo per illecità della causa, ma una “*datio in solutum*”, in cui l’impegno negoziale assunto è collegato “alle spese affrontate”, e il fallimento del matrimonio non rappresenta la causa genetica dell’accordo, ma è degradato a mero evento condizionale”.

Una quinta stagione per il conflitto di interessi quale fatispecie civilistica

Enrico Zanelli

Professore emerito dell'Università di Genova

Antefatto: da quasi venti volte ormai quattro stagioni erano trascorse ogni anno fra il 1994 e il 2013 attribuendo bensì un rilevo senza precedenti a livello politico, parlamentare e istituzionale all'esistenza della questione del conflitto di interessi ma senza peraltro prenderla molto sul serio in termini di approfondimento della sua configurazione e dell'esigenza di trarne le dovute conseguenze sul piano legislativo (a parte una normativa introdotta nel 2004 cui si farà richiamo nel prosieguo e che è generalmente e curiosamente equiparata a qualcosa di inesistente).

Sarebbe stata quindi ora che, anziché perseverare in un caleccio inconcludente attraverso le quattro stagioni di ogni anno solare, si affrontasse il problema in una sorta di quinta stagione, metodicamente e non capricciosamente, con quelle conoscenze, quella competenza e quella serenità che erano sempre mancate. Perché il problema esiste a tutte le latitudini, non è neppure nel nostro ordinamento limitato ad un singolo caso più rilevante e controverso, è pervasivo sia sul piano concettuale, essenzialmente giuridico, sia nelle sue implicazioni e manifestazioni concrete.

Secondo antefatto, recente e turbolento: il conflitto di interessi ha improvvisamente perso quella insostituibile capacità di esistere in contrasto immanente, potenzialmente utilizzabile, nei confronti del soggetto cui facevano capo macroscopici interessi privati ed al tempo stesso cariche istituzionali esecutive. La vasta gamma di rimedi ipotizzabili (ma mai concretizzati) per rimuovere il conflitto di interessi rimuovendo l'interessato è stata infatti superata ed assorbita dal portato di una condanna definitiva in sede penale tale da introdurre varianti più radicalmente articolate quali l'interdizione dai pubblici uffici, l'ineleggibilità o incandidabilità sopravvenute, la decadenza dal mandato parlamentare semi-automatica.

Ma dal caso specifico, che sembra aver così concluso la lunga e vana rincorsa all'elusiva utilizzazione del conflitto di interessi, è scientificamente corretto allontanarsi - pur continuando a farvi riferimento per il suo ovvio valore paradigmatico - affinché il sopravvenuto disinteresse per la questione - data l'apparente mancanza di residua attualità - non precluda, a futura memoria, la sinossi cui ci accingiamo di un tema la cui dignità sopravvive ai cascami delle sue vicende contingenti. L'inizio di quella che si è voluto in questa nota definire la quinta stagione avviene così, giustamente e quasi provvidenzialmente, fuori dal tempo. Il presente studio scavalca quindi l'intervallo fra il tempo anteriore e quello della necessaria riconquista di una nozione giuridica storicamente ed eticamente basilare quanto variegata e problematica. (Ovviamente non torneremo su quello che, rispetto alla sostanza del discorso, è l'incidente penalistico).

Si consideri anzitutto una circostanza ovvia e banale ma di cui si è, per così dire, persa la consapevolezza quotidiana se non la cognizione. Il conflitto di interessi è vecchio come il mondo e si ritrova - senza farci caso - in ogni momento della nostra vita. Partiamo da una nozione così ampia da potersi definire banalizzata: venditore e compratore sono normalmente in posizioni contrapposte e quindi in conflitto quanto al prezzo, che il venditore vorrebbe fissare al più alto ed il compratore

al più basso livello possibile. In questo caso, tuttavia, la situazione è del tutto fisiologica e le due parti possono trovare un accordo o non trovarlo, in piena libertà e senza che venga violato alcun diritto dell'uno o dell'altro. (Naturalmente quest'ultima considerazione vale soltanto in un contesto, appunto, di libero mercato ed in regime di concorrenza perfetta, in cui siano escluse posizioni monopolistiche e dominanti, frequenti invece soprattutto nel campo dei prodotti e servizi forniti da gruppi multinazionali o - paradossalmente - da imprese private, pubbliche o miste operanti nei settori di pubblica utilità. Gli ordinamenti ad economia di mercato intervengono in questi casi con normative antitrust, delle quali il primo significativo esempio resta lo Sherman Act americano del 1890, risalente esattamente ad un secolo prima della nostra legge in materia, immancabilmente presentata come modellata sui precedenti dei paesi più avanzati ma in realtà, come quasi sempre avviene per questi recepimenti, travisata e riadattata all'italiana, tanto che da anni non si sente più parlare di seri interventi su intese, collusioni, monopoli ed oligopoli da parte di Autorità capaci solo di istituire bardature cartacee ossia burocratiche in concertazione proprio con le lobby interessate, comprese quelle dei consumatori, integrative del panorama corporativo). Tornando alla fisiologica conflittualità fra venditore e compratore, il richiamo ha l'esclusiva finalità di individuare affinità insospettabili da un lato e, dall'altro lato, molteplicità, anzi multiformità dei possibili significati di espressioni generiche come, appunto, "conflitto di interessi" prima di affrontare la specifica rilevanza attuale dei fenomeni che vengono ora assunti come rappresentativi per antonomasia di una problematica politico-istituzionale, ferma restando l'esigenza di contestualizzare l'attualità alla luce di prospettive meno contingenti.

La nozione più specifica di conflitto di interessi entrata nel lessico nazional-popolare ormai da vent'anni è concentrata e anchilosata esclusivamente nella contemplazione della posizione di leader politico e, a seguito di ripetute vittorie elettorali, presidente del consiglio dei ministri occupata inopinatamente da un imprenditore ai vertici di numerosi settori dell'economia del paese, ovviamente interessato ad un quadro istituzionale e legislativo favorevole alle imprese che a lui fanno capo, non senza trascurare la circostanza della rilevantissima presenza nel campo televisivo e nei campi editoriale-librario e della stampa periodica e quotidiana, ossia avendo a propria disposizione proprio quei media idonei ad influire sull'opinione pubblica e sui meccanismi governativi e parlamentari in senso favorevole ai propri interessi privati, eventualmente prescindendo da quella tutela della *res publica* che dovrebbe orientare invece tutte le capacità ed attività di un uomo di governo.

E' comprensibile, dunque, che come avverrebbe in qualsiasi altro paese democratico anche in Italia si manifesti preoccupazione per tale collocazione di uno dei maggiori esponenti del potere finanziario, economico e mediatico del paese, per la sovrapposizione a tale potere di una delle massime funzioni istituzionali in capo alla stessa persona e per la conseguente tensione e possibile rotta di collisione tra interessi privati e interesse pubblico. Non ha giovato peraltro ad una corretta dialettica dei contributi all'analisi ed alla individuazione di un ventaglio di soluzioni della questione da un lato l'ostilità pregiudiziale *ad personam* (per usare, rovesciata, un'espressione ormai abusata) cui ci si è guardati bene dall'affiancare concrete iniziative legislative anche quando le maggioranze parlamentari lo avrebbero consentito, dall'altro lato la difesa alquanto grossolana, anch'essa *ad personam*, di una

situazione e di una prospettiva politico-istituzionale che richiedevano invece uno sforzo di conciliazione con rimedi e prassi adeguate al superamento del potenziale conflitto, ben al di là della timida ed in ultima analisi insignificante legge Frattini (per la verità non tanto a cagione - come si vedrà - della legge in sé quanto della sua fantomatica applicazione)..

Perché non si può costruire sul vuoto concettuale e l'incompetenza tecnica (anche comparatistica) la regolamentazione di una fattispecie che ha una propria complessa ma al tempo stesso precisa collocazione giuridica.

In altre parole, anche la fattispecie del conflitto di interessi in capo a governanti e amministratori pubblici si colloca, pur nella sua rilevanza istituzionale, nell'ambito del diritto civile e viene trattata nella presente nota muovendo da questa angolazione che è rigorosamente tecnica e non politica, anche se inevitabilmente ed oggettivamente, al di là di ogni diversa intenzione, non può che approdare a conclusioni da ciascuno gradite o sgradite a seconda delle proprie predilezioni partitiche, quando queste siano irremovibili e passionali.

Pertanto le conclusioni qui proposte non risulteranno persuasive e convincenti o meno (come invece dovrebbe essere o non essere) esclusivamente a seconda della loro validità interpretativa e sistematica, che a sua volta, peraltro, con alibi inattaccabile, può sempre essere definita opinabile. (Questa riflessione conduce chi scrive ad istituire un parallelo con le reazioni che molto spesso accompagnano le più significative sentenze della Corte Costituzionale o della Corte di Cassazione, alle quali si può immaginare tali polemiche reazioni provochino un disagio che sarebbe immeritato ove non si presuma - correttamente o meno - che in realtà le Corti siano condizionate dai pregiudizi ideologici e dalle ascendenze politiche dei suoi componenti. Il sospetto si pone anche talvolta nei confronti della Corte Suprema degli Stati Uniti, a maggior ragione in quanto i suoi nove giudici sono tutti nominati a vita dal Presidente; ma in questo caso, per la verità, va osservato che i giudici non hanno mai dimostrato remore ad avviare o non avviare (secondo giustizia) procedere di *impeachment* nei confronti di Presidenti da cui erano stati nominati. Il senso del dovere e della responsabilità con riguardo alle funzioni cui si è chiamati può dunque esistere in natura).

Esaurite alcune premesse ritenute opportune e ragionando ora, come puntualizzato, in termini di diritto civile, per non dire in termini di istituzioni di diritto privato, il contenuto attuale della disciplina del conflitto di interessi riguarda le situazioni in cui un soggetto ha bensì un proprio interesse in conflitto con un altro interesse ma quest'ultimo è un interesse - spesso collettivo - che il soggetto stesso ha l'incarico e il dovere di realizzare e salvaguardare in quanto tutore, curatore, rappresentante, amministratore, funzionario o membro di un qualsiasi governo o potere esecutivo.

In questi casi il principio inderogabile, basato sulla fiducia, è che l'interesse di tutti coloro (minori od incapaci, rappresentati, azionisti di società, cittadini di un qualsiasi ordinamento democratico ecc.) che hanno dato fiducia ai propri incaricati deve prevalere su quello proprio di chi assume l'incarico. Si tratta di situazioni di pericolo eventuale collegate all'opportunità, da parte del fiduciario, di far uso improprio a vantaggio di sé medesimo, in malafede o anche per semplice inavvertenza, dei poteri conferitigli dai fiducianti per il perseguimento dei loro legittimi ed in questo caso tutelati interessi.

Siamo, come si comprende, nel campo di un istituto vastissimo e seminale quale il mandato, fra i più frequentati e mul-

tiformi di tutta la storia giuridica e sociale (da quando non esisteva - se non nella forma della *fiducia cum amico* - in virtù dell'utilizzazione e della rappresentanza intrinseca inerenti il lavoro servile - sino alle configurazioni odierne della relativa disciplina, non senza i risvolti più genuinamente e curiosamente romanistici dell'*agency* negli ordinamenti di *common law* ed *equity*).

Ebbene, la tradizione giuridica consolidata in tutti gli stati di diritto - quando si sia in presenza di soggetti con patrimoni anche modesti e a maggior ragione se rilevanti, la cui amministrazione risponderebbe in ogni caso ad un interesse particolare a fronte dell'interesse generale che gli stessi soggetti sono chiamati a gestire - conosce sostanzialmente due sole soluzioni razionali e proporzionate alle diverse situazioni (ovviamente, peraltro, soluzioni talvolta non attuate o attuate male nella pratica) A pensarci anche solo un momento, si tratta di due corni, ciascuno dei quali procede dalle premesse in sequenza logica, per non dire lapalissiana: separando l'interessato dall'accesso alle decisioni potenzialmente in conflitto e così dall'intervento su specifiche questioni (che pure rientrerebbero nel suo mandato) oppure separandolo, almeno per la durata dell'incarico, dal suo patrimonio.

La prima soluzione è quella più generalmente adottata e consiste, naturalmente, in un obbligo di astensione dall'assumere individualmente o nell'ambito di un organo collegiale una deliberazione che appare, o è dichiarata, evocare un conflitto di interessi.

La seconda soluzione può configurarsi in forme più o meno radicali, ma il modello cui ci si è abitualmente riferiti è quello adottato negli Stati Uniti. E' un modello che di per sé discende dalla presenza risalente negli ordinamenti anglosassoni dell'istituto del *trust*, che costituisce una vera e propria pietra angolare nella sistematica giuridica ed economica diffusa a tutti i livelli della vita quotidiana. Non solo per i ristretti strati più facoltosi della popolazione, ma anche per le famiglie del ceto medio si tratta di un meccanismo largamente utilizzato con finalità fiscali e soprattutto successorie, oltre che per una pre-distribuzione dei benefici del patrimonio del fiduciante ancora in vita fra i membri della cerchia familiare o anche a favore di beneficiari terzi, quali gli enti ospedalieri, culturali, caritatevoli ecc. Va detto che l'istituto del *trust* è ora accessibile anche nel nostro ordinamento, dove tuttavia non è certo di casa e popolare.

La soluzione dell'astensione, sulla quale torneremo più avanti, presenta indubbiamente delle debolezze in termini soprattutto di percezione di uno scarso vigore nel circoscrivere e neutralizzare tutte le concrete conseguenze degli abusi realizzabili all'interno di un conflitto di interessi, anche una volta doverosamente esercitata l'astensione quando prescritta per ciascuna decisione inquadrabile nell'ipotesi di conflitto.. La soluzione che interpone un diaframma di spessore più o meno consistente tra il soggetto interessato ed il suo patrimonio consiste invece, come ormai è sin troppo noto (per gli equivoci che vi si sono sovrapposti) nel cosiddetto *blind trust* configurato come strumento rafforzato per la realizzazione di una radicale separazione tra il possessore di un patrimonio ed una gestione dello stesso mantenuta in parallelo con l'esercizio di una funzione pubblica tale da comportare la possibilità di atti che favoriscano le sorti del patrimonio privato anziché ed a scapito dell'interesse generale. Mentre, infatti, il *trust* semplice (per così dire) consente al proprietario che ha trasferito il patrimonio ad un fiduciario di continuare ad indicare orientamenti e direttive circa la sua gestione e comunque di essere sempre informato ed a conoscenza dei diversi passaggi della sua evoluzione (investimenti, disinvestimenti).

menti, applicazione di normative ed agevolazioni legislative ecc.), il *blind trust* è una variante concepita *ad hoc* in sede politico-istituzionale negli Stati Uniti proprio per eliminare a monte ed una volta per tutte, all'atto dell'assunzione di un incarico pubblico (federale, o anche, con leggi analoghe, nei singoli Stati) ogni possibile conflitto di interessi nell'esercizio delle mansioni pubbliche da parte di qualsiasi funzionario, a cominciare dal Presidente, facendo venire a mancare all'interessato la conoscenza delle vicende del proprio patrimonio gestito da altri e quindi la possibilità di concepire e mettere in atto provvedimenti di sua competenza che favoriscono consapevolmente ed impropriamente settori in cui, nella dinamica invece ormai a lui sconosciuta, il patrimonio sia presente di volta in volta con investimenti decisi all'insaputa del fiduciante dal gestore fiduciario cui il patrimonio stesso è affidato. Perché la caratteristica fondamentale del *blind trust* (da cui, appunto, la denominazione di *fiducia cieca*) è rappresentata dall'obbligo, imposto sia al fiduciante che al fiduciario, di astenersi da ogni comunicazione fra loro in ordine alla gestione del patrimonio in *trust*.

Orecchiando goffamente il modello della regolamentazione americana, ma in realtà ignorandone (o travisandone volutamente) il contenuto e l'articolazione, in Italia si è agitata a lungo, ripetutivamente e velleitariamente, l'esigenza dell'introduzione di leggi draconiane aventi a bersaglio (salvo rinuncia ad una presenza politica) un patrimonio da trasferire ad organi nominati dai poteri dello Stato indipendentemente dalla volontà dell'interessato, quando non si è configurata una sostanziale espropriazione, presumibilmente temporanea o forse no (essendo sempre rimasti i proponenti, per la verità, a livello di slogan o parole d'ordine, salvo qualche estemporaneo progetto di legge presentato da politologi o parlamentari non particolarmente insistenti poi nel reclamarne l'inserimento nel programma dei lavori in commissione o in aula).

Al di là di questo primo e poco apprezzabile riflesso nel contesto italiano, con riguardo al funzionamento del *blind trust*, come sopra descritto va anzitutto chiarito, tuttavia, che vi è unanime consenso ormai sulla considerazione che il meccanismo di interdizione della conoscenza, da parte dell'interessato, dell'evoluzione del proprio patrimonio gestito da un fiduciario tenuto alla segretezza al riguardo è realizzabile solo per gli investimenti diversificati che sono normale contenuto dei patrimoni di risparmiatori ed investitori cui non fanno capo imprese di rilevanti dimensioni, ma non è applicabile a casi (come quello oggetto di esclusiva attenzione in Italia negli ultimi venti anni) in cui l'interessato possiede un patrimonio costituito essenzialmente da un impero finanziario comprendente gruppi di società la cui movimentazione, in borsa o fuori, ad opera di un gestore che pure operi autonomamente non può essere "cieca" agli occhi del proprietario originario e non può essere "persa di vista" né da lui né da qualsiasi altro cittadino. Mentre sembrerebbe che per chiunque questa distinzione non possa non balzare agli occhi - volendo continuare in questa sorta di gioco di parole - per diversi anni i più strenui oppositori dell'imprenditore-presidente del consiglio hanno ripetutamente proposto anche in sede parlamentare (Pasquino, Passigli) quel *blind trust* in cui era invece facile ravvisare una futile misura ovvero una "inutile precauzione" (resa proverbiale dal sottotitolo del *Barbiere rosiniano*). Toccò ad un altro oppositore del vincitore delle elezioni del 2001 (il politologo Giovanni Sartori, nel saggio *Conflitto di interessi* pubblicato da Laterza in un volume collettaneo nel 2002) avvertire per primo i suoi amici parlamentari della grossolana confusione e dell'errore tecnico che stavano commettendo.

Con ciò l'*excursus* sull'erratico istituto del *blind trust* (al quale un qualche riferimento tuttavia ogni tanto riemerge in qualche vulgata disinformata) sembrerebbe doversi considerare definitivamente chiuso. Invece la parte più istruttiva che si può ricavare dall'analisi, anzi dalla semplice lettura della legge americana - da cui si pretendeva di mutuarlo - è tutta da scoprire, in quanto nella lettera e nello spirito sideralmente lontana dal quadro che se ne è dipinto nel corso di tutti i dibattiti che si sono sviluppati in Italia sull'argomento. Dibattiti dottamente assiomatici ma basati sull'ignoranza o che sull'ignoranza generalizzata facevano affidamento. Forse più indulgente ma più vicina alla realtà è l'ipotesi che un cattedratico del calibro di Sartori, di casa per lunghi periodi anche alla Columbia University, abbia costruito un contesto ed un significato sostanzialmente punitivi (anche se inefficaci nei casi già sottolineati) del *blind trust* senza mai essersi preso la briga di leggere il testo del provvedimento in questione. Attenuante o aggravante? E' vero, tuttavia, che si tratta di una legge complessa, minuziosissima, noiosa, in cui il *blind trust* occupa uno spazio limitato e marginale.

E' nel 1978 che negli Stati Uniti viene promulgato a livello federale l'*Ethics in Government Act*, con un "vaste programme" al tempo stesso circoscritto ad un preciso campo di applicazione: accertare che al momento dell'assunzione di un qualsiasi incarico federale il funzionario renda nota la propria situazione patrimoniale, così da poterne verificare nel tempo l'evoluzione e stabilire, se del caso, quali atti del funzionario siano stati compiuti impropriamente in conflitto di interessi fra i vantaggi realizzati o realizzabili a proprio favore e il perseguitamento del bene pubblico quale compito affidatogli a seguito di nomina o di elezione. Punto. Ma questa disposizione, nell'ottica civile degli americani, è già di per sé in un qualche contrasto con i principi di autonomia della vita privata e di riservatezza che sono privilegio di ogni cittadino anche con riguardo alle scelte consentitegli all'atto dell'assunzione di un ufficio pubblico ed al quale quindi viene offerta un'alternativa (sia pure a carattere eccezionale e gravoso) rispetto alla dichiarazione ed ai controlli permanenti relativi al proprio patrimonio ed alla sua evoluzione. Punto. Insomma, lungi dal costituire una penalizzazione, la libera scelta del conferimento in un *trust* qualificato da una rigorosa separatezza rappresenta una civilissima conferma di diritti inalienabili e sentiti come squisitamente individuali pur in un regime di regole, anzi proprio in virtù dei valori di un tale regime.

Ma c'è di più. In coerenza estrema con quelle premesse l'interessato procede egli stesso, insindacabilmente, alla nomina del proprio fiduciario. Perché la coscienza collettiva negli Stati Uniti è tale per cui se anche il fiduciario fosse il più intimo amico dell'interessato (ed in quanto tale da questi ritenuto competente ed affidabile quanto alla gestione autonoma del proprio patrimonio) nell'assumere la delicata funzione il fiduciario si riterrebbe vincolato, ignorando ogni pregresso rapporto con il suo fiduciante, al più rigoroso rispetto della legge che gli impone il divieto assoluto di ogni comunicazione confidenziale relativa alla propria gestione, salvo il rendiconto finale alla cessazione dei rispettivi incarichi. E' troppo pessimistico qualificare impensabili simili atteggiamenti e comportamenti in Italia, dove i rapporti, se non omertosi, profondamente familiali ed amicali fanno parte indubbiamente della cultura e del folklore locali? Beninteso, non è affatto il caso di escludere che violazioni della legalità e della correttezza si ritrovino, anzi possano essere non infrequent, anche nella società americana. Ma a questo riguardo vale la pena di soffermarci su di un'alternativa sistematica e di politica legislativa fra le più trascurate in termini di scel-

te meditate e, per così dire, quantificate rispetto al saldo costi/benefici quanto all'assetto che ne deriva per la società, considerandone l'efficienza ed i conseguenti risultati di benessere. La proposizione di una tale alternativa è trascurata perché pregiudicata da un luogo comune.

Il luogo comune, apparentemente di buon senso, è quello ben noto e pervasivo secondo il quale prevenire è meglio che reprimere. Ora, è ben possibile che ad esempio nel campo medico prevenire le malattie sia di gran lunga preferibile a combatterle quando sopravvenute per mancanza di prevenzione (anche se persino in questo campo, in un'ottica analitica, per determinate situazioni e patologie il rapporto costi/benefici non penda di per sé a favore della prevenzione, a parte i casi di insormontabili considerazioni umanitarie). Ma nella movimentazione economico-sociale in genere, regolata dal diritto (ed anche in questo campo con qualche vincolo ineliminabile sul piano della cultura e della coscienza), la contrapposizione tra prevenzione e repressione non è così scontata a favore della prima alternativa come si è usi pensare per abitudine o anche per conformismo. La prevenzione, a ben vedere e nelle pratiche che tutti conosciamo, si traduce in obblighi ed adempimenti formali pervasivamente cautelativi, si applica all'universo di determinate operazioni che si presume essere di pericolo, comporta bardature e passaggi burocratici, ritardi, autorizzazioni, dinieghi per difformità marginali rispetto a modelli cartacei, insomma costi di transazione quando non blocchi, in ogni settore di attività, tali da incidere sulla produttività e la competitività dell'intero sistema economico italiano. Di converso la repressione *a posteriori*, nei regimi sotto questo profilo liberali, delle attività illecite (accertate) che comunque (anche non accertate) rappresentano statisticamente una modesta percentuale dell'intero traffico economico, è strumento ben più razionale, ovviamente a condizione di essere, sistematicamente, ragionevolmente certa e tempestiva, quindi altresì con quel potere deterrente che contribuisce alla dissuasione preventiva più e meglio di quella che definiamo prevenzione vera e propria ma si concretizza - né potrebbe essere diversamente - in prevenzione burocratica paralizzante. Una condanna penale al carcere per frode fiscale debitamente accertata a carico di un soggetto vale cento misure preventive contenute nelle ricorrenti campagne contro l'evasione fiscale.

Va sottolineato che il discorso si può correttamente svolgere tutto all'interno della sistematica civilistica, come si è volta a volta sottinteso o esplicitato in questa trattazione, pur riservandone i caposaldi sui punti critici politico-istituzionali. E' giusto a questo proposito citare il lavoro accuratissimo e intelligente di un altro Sartori (Filippo) che in un ampio studio pubblicato nel 2003 (*Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, in *Diritto bancario*) riferisce a sua volta il conflitto di interessi nella sua rilevanza attuale precisamente a quel rapporto fra *principal* e *agent* che istituisce intrinsecamente il conflitto stesso a misura del potenziale comportamento infedele dell'*agent* che, dimentico del dovere di tutela e perseguitamento dell'interesse del *principal* opera invece perseguingendo il proprio, utilizzando i poteri affidatigli fiduciariamente. Forse non del tutto superfluo, anche se elementare, ricordare ancora una volta che ci muoviamo integralmente nel campo del mandato (non senza cogliere l'occasione per osservare che non a caso per i parlamentari proprio il vincolo del mandato è invece escluso). E anche Filippo Sartori, d'altronde, privilegia con ampie argomentazioni la soluzione della repressione dei comportamenti impropri ed illegittimi piuttosto che quella velleitaria e diseconomica

di una bardatura di prevenzione. Si pensi che le banche italiane, a norma delle misure antiriciclaggio, per procedere al semplice cambio in tagli più piccoli di una banconota da 500 euro, *presentata da un cliente titolare di un conto corrente e ben conosciuto*, devono fare una fotocopia del biglietto di banca, inserire sulla stessa alcuni dati di riferimento e farvi apporre la firma del cliente: in Germania lo stesso cittadino italiano può entrare da turista in qualsiasi banca in qualsiasi strada di una qualsiasi città dove non è mai stato prima in vita sua e senza esibire alcun documento farsi cambiare dal cassiere il biglietto da 500 euro in tagli più piccoli senza pronunciare parola che non sia di saluto e ringraziamento: alla banca si accede come in qualsiasi negozio ndi commestibili o di abbigliamento, senza doppie porte blindate.

La questione del conflitto di interessi sul versante politico, strutturalmente non diversa dalla sua radice civilistica, ha visto riemergere di tanto in tanto l'ipotesi dell'ineleggibilità (al parlamento) di determinati soggetti, che finivano quasi sempre per identificarsi, nel ricorrente dibattito, in uno solo. La fattispecie dell'ineleggibilità è fondata su base legislativa dal 1957, ma non è mai stata applicata al caso che ne avrebbe costituito la manifestazione più rilevante. Ben a ragione, perché, come vedremo subito, la legge non poteva riferirsi a quel caso. D'altronde non si può pensare che ne sia stata trascurata l'osservanza, come spesso avviene in Italia, trattandosi in ipotesi di una leggina marginale e di limitato impatto. Si tratta infatti niente meno che della legge che regola ancor oggi (con modifiche apportate nel 2005) l'elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. I casi di ineleggibilità contemplati sono numerosissimi, contenuti in diversi articoli, che si riferiscono, ad esempio, al Capo e Vice Capo della Polizia, ai capi di Gabinetto dei Ministri, ai viceprefetti e ai funzionari di pubblica sicurezza, ai Sindaci dei maggiori Comuni, ai magistrati nelle circoscrizioni sottoposte alla loro giurisdizione nei sei mesi precedenti la candidatura ecc. (e varrebbe la pena di verificarne la *ratio* e l'applicazione). E' sull'art. 10 che si basa l'ipotesi dell'ineleggibilità del personaggio che per vent'anni è stato invece eletto senza contestazioni da parte degli organi parlamentari preposti alle relative verifiche. D'altronde l'art. 10 dispone che non sono eleggibili "coloro che in proprio o in qualità di rappresentanti legali di società o di imprese private risultino vincolati con lo Stato per contratti di opere o di somministrazioni, oppure per concessioni o autorizzazioni amministrative di notevole entità economica, che importino l'obbligo di adempimenti specifici, l'osservanza di norme generali o particolari protettive e del pubblico interesse, alle quali la concessione o la autorizzazione è sottoposta". (Curiosamente, dalla ineleggibilità nelle situazioni così descritte "sono esclusi i dirigenti di cooperative e di consorzi di cooperative, iscritte regolarmente nei registri di Prefettura").

Diciamo subito che, quanto alla situazione oggettiva, le imprese televisive, ad esempio del gruppo Mediastile, rientrebbero sicuramente fra quelle contemplate dalla norma sotto tutti i profili possibili. Ma quanto alle situazioni soggettive, invece, l'ineleggibilità riguarda chi "in proprio", ossia quale persona fisica, esercita un'impresa individuale e chi è "rappresentante legale" di quelle (concessionarie) società o imprese private. Diciamo dunque che il *dominus* del citato impero televisivo, ove mai sia stato imprenditore individuale o rappresentante legale di talune società, in occasione di prove elettorali non lo era più da un pezzo, anzi aveva espressamente procurato di non trovarsi in tali situazioni, allo scopo di adeguarsi alle normative vigenti, evitando scogli e frangenti

della navigazione in quelle acque, che la legge Frattini del 2004 si era poi sforzata, come si vedrà, di rendere sempre meno ospitali per i *rari nantes in gurgite vasto*, contrariamente a quanto si è sempre lamentato a gran voce, anche se si è certo confidato invece che l'ostentato rigore della legge sarebbe stato opportunamente attenuato, anzi annullato, dalla generale inosservanza di ogni legge emblematica ma non conforme al carattere nazionale, come poi è puntualmente avvenuto in questo ambito di ipotesi. (Non altrettanto erratiche si sono rivelate, sia pure eccezionalmente in questo caso, le normative penalistiche ritenute applicabili in campo fiscale).

Si è sostenuto, con riguardo alla legge del 1957 ed alla interpretazione sopra offertane, trattarsi di cavillose distinzioni, che trascurano a bella posta di individuare il "padrone" e sostanziale interessato rispetto alle imprese in questione. Quale osservatore esterno insofferente di tutti gli azzeccagarbugli non condividerebbe tale non infondata considerazione? Ma traendo le conclusioni che anche la meno causidica analisi giuridica impone, occorre tuttavia osservare che la legge ha limitato a precise responsabilità e fatispecie l'esclusione di determinati cittadini da un fondamentale diritto quale l'elettorato passivo. Un'altra legge - ma non quella del 1957 - avrebbe potuto e potrebbe benissimo dichiarare ineleggibili anche i parenti sino al quarto grado di ogni azionista di Mediastre e di ogni altra società concessionaria quotata in borsa. Qualsiasi regola, infatti, può essere legittimamente introdotta dal parlamento e correttamente applicata, salve le garanzie costituzionali. (Ma anche in questo caso l'ansia di una più puntuale regolamentazione e la relativa necessità impellente sembrano essere venute meno).

Che la legge sull'ineleggibilità del 1957 fosse, sia pure a malincuore, inapplicabile al principale oppositore politico di una larga parte dello spettro parlamentare a lui ostile, risulta anche dalla circostanza che alcuni fautori dell'estensione *ad hoc* dell'esclusione dall'elettorato passivo (i già citati senatori Pasquino e Passigli) avevano presentato proposte di legge più incisive al riguardo, di cui peraltro non si fece nulla (né nel 2002 né poi nelle legislature successive). Anche perché, ancora una volta, il più accorto politologo Giovanni Sartori li aveva resi edotti della futilità dell'iniziativa, posto che l'elezione al parlamento non era necessaria per assumere gli incarichi di ministro o anche di presidente del consiglio, come ripetutamente già avvenuto, ad esempio con Ciampi: sicché più propriamente si sarebbe dovuto ricorrere ad un'affermazione di incompatibilità piuttosto che di ineleggibilità. Ineccepibile. Ma su questa premessa il politologo suggeriva altresì, in realtà, una soluzione radicale, recentemente riproposta (prima della soluzione penalistica), che avrebbe imposto all'interessato la scelta fra l'incarico pubblico e il proprio patrimonio consistente nell'impero imprenditoriale, esigendo la dismissione obbligata di quest'ultimo quale condizione per l'assunzione dell'incarico, "come in ogni altra democrazia" (affermazione incidentale e apodittica a cui sarebbe per la verità difficile trovare nei vari ordinamenti democratici gli asseriti riscontri). Possiamo così considerare esaurita - almeno nei limiti coerenti con questa nota - la deludente disamina dei modelli malamente ricalcati su quello americano o del tutto estemporanei o persino destinati all'autofrustrazione per mancanza di conseguenzialità rispetto al risultato perseguito, salvo l'accettazione del proposto rimedio - quale condizione di accesso alla stanza dei bottoni - della vendita forzosa (all'asta?) del patrimonio altrimenti ritenuto oggetto prediletto del contro-interesse di un presidente del consiglio rispetto ai suoi doveri di fiduciario della repubblica.

Il punto di caduta, tuttavia, non è un atterraggio morbido bensì un impatto accidentato con il tradizionale sistema civilistico, al quale dobbiamo ora tornare per una verifica. della sua strumentazione nei casi che ci occupano. Vedremo come è difficile, anche in questa prospettiva offerta dagli ingenui codificatori del 1942 ma risalente nella storia alle pandette e a tutti i codici napoleonici, mettere insieme e conciliare i contrasti di quella condizione umana immanente e permanente rappresentata dai conflitti di interesse. Eravamo abituati a muovere dall'angolo visuale dell'obbligo (unico punto fermo) di adempiere con ogni diligenza - quella del buon padre di famiglia - i doveri di qualsiasi incarico ovvero mandato fiduciario assunto e altresì eravamo abituati a muovere dall'angolo visuale (complementare al primo) dell'obbligo del fiduciario di astenersi dal compiere - utilizzando l'opportunità creata dai poteri ricevuti - atti nell'interesse proprio contrapposto all'interesse raccomandato alle sue cure. Ma persino il ricorso all'obbligo dell'astensione è da tempo suscettibile di snaturamento ed oggi può dirsi in crisi, anzi in un caso particolarmente significativo già dismesso *per tabula*. L'astensione intesa come strumentale ad impedire la realizzazione di un potenziale conflitto di interessi può assumere diverse configurazioni, esplicite o implicite, a seconda delle diverse situazioni. Nel caso di esercizio di poteri singoli da parte del fiduciario, l'astensione è rispetto ad un atto che non deve essere compiuto, quindi implicita e in genere inespresa o, per così dire, in negativo. Nel caso, invece, di decisioni o deliberazioni da assumere nell'ambito di un organo collegiale, di cui l'interessato fa parte insieme agli altri fiduciari, l'astensione rispetto alla proposta di deliberazione, da chiunque avanzata, deve essere esplicita, ossia espressa ed attuata o, per così dire, in positivo. Il contesto esemplare è quello del consiglio di amministrazione di una società per azioni, di cui rappresenta l'organo fiduciario sia rispetto alla persona giuridica stessa della società sia rispetto agli azionisti (che appunto nominano il consiglio di amministrazione: Ma nel tempo è avvenuto che la norma del codice civile riguardante "gli interessi degli amministratori" (art. 2391) non comporti, in conformità ad una linea di principio sistematica, l'obbligo di astensione dalle deliberazioni collegiali nelle situazioni di conflitto di interessi, bensì solo l'obbligo di dare notizia dettagliata delle circostanze cui inerisce un interesse proprio o di terzi, derivandone peraltro l'obbligo del consiglio di amministrazione di motivare "adeguatamente" le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. Il significato di questa impostazione non cambia anche considerando che *a posteriori* la deliberazione così assunta è impugnabile qualora possa recare danno alla società e sia stata adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato. Le ragioni di questo declino del ricorso al rimedio dell'astensione per neutralizzare il conflitto di interessi sono presumibilmente di due ordini: in primo luogo si prende atto realisticamente che nelle società per azioni e soprattutto in quelle maggiori e quotate in borsa il consiglio di amministrazione nella sua interezza dimentica di essere organo fiduciario della società piuttosto che degli azionisti di riferimento che lo hanno nominato, per cui un'eventuale astensione del consigliere interessato all'operazione (che normalmente è il più diretto esecutore delle direttive di quegli azionisti) sarebbe basata sull'aspettativa o meglio sulla certezza che tutti gli altri consiglieri, o almeno una loro maggioranza, rendano del tutto superfluo il proprio voto per l'approvazione della deliberazione e quindi futile l'obbligo di astensione; in secondo luogo si privilegia così, più o meno consapevolmente, l'approccio repressi-

vo o punitivo *a posteriori* (di cui si ricorderà che abbiamo già avuto modo, sia pure contro corrente, di tessere lelogio) piuttosto che quello preventivo (dispendioso per le vane ed illusorie operazioni cautelative sicuramente diseconomiche).. Vi è un ultimo aspetto della fattispecie societaria di conflitto di interessi rilevante solo in quanto produttivo di danno per la società, che vale la pena di riannodare ad una controversa argomentazione in tema di atti di governo in cui l'interesse generale si affianchi ad un identico interesse privato in capo a chi ha proposto o compiuto l'atto. Si è infatti sostenuto che, nelle ipotesi più frequenti, si ha un decreto o disegno che, approvato dal parlamento, diventa una legge in quanto tale applicabile a tutti i cittadini o a larghe categorie e settori di attività, diventando così impossibile, ove si tenesse conto di questo interesse generalizzato, contrastare l'interesse privato che ha in realtà principalmente e surrettiziamente generato il provvedimento (c.d. legge *ad personam*). Si tratta di un ragionamento interessante, che forse prova troppo, ponendo al vertice di ogni preoccupazione il contrasto comunque al potente di turno. Se un ministro delle finanze adotta o fa adottare per legge una riduzione generalizzata, equamente comisurata ai vari scaglioni, dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, insieme a tutti i cittadini contribuenti ne beneficerà egli stesso, ma sembra difficile considerare la sua iniziativa in conflitto di interessi (anche supponendo, in ipotesi, che abbia corrisposto a difficoltà economiche personali del ministro stesso). C'è spazio per una vasta gamma di leggi in bilico fra quelle esclusivamente *ad personam* e quelle esclusivamente di interesse generale, se si vuole ragionarci sopra. Certo, agevolazioni oggettivamente valutate opportune per tutto il settore economico televisivo ma introdotte da un presidente del consiglio amico di famiglia di Rupert Murdoch e fornitrice di programmi di *fiction* al gruppo Sky non potrebbero non suscitare perplessità.

Resta infine sul tappeto la legge Frattini (20 luglio 2004, n. 215), per il buon motivo che è l'unica legge in vigore "in materia di risoluzione dei conflitti di interesse". Ma come già accennato è *tamquam non esset*, percepita universalmente come strumento inutilizzabile e comunque inutilizzato. Il suo impianto, tuttavia, sarebbe in linea di principio corretto, tenuto conto di tutte le aporie concettuali e pratiche che sono state denunciate, come ricordato, con riguardo a tutti indistintamente gli strumenti sopra descritti, sicché si potrebbe definirlo come il peggiore a eccezione di tutti gli altri e fra l'altro, alquanto alla lontana, il più vicino - si passi il bisticcio - all'*'Ethics in Government Act'*. Fissati alcuni buoni principi ed una consistente serie di incompatibilità (fra cui l'esercizio di attività imprenditoriali in prima persona), la legge definisce le situazioni di conflitto di interessi, richiede pertanto la dichiarazione della propria situazione patrimoniale all'atto dell'assunzione della carica di governo ed affida infine all'Autorità garante della concorrenza l'accertamento dell'adozione di atti di governo a beneficio di interessi personali in conflitto di interesse da parte dell'interessato, dispone inoltre interventi sanzionatori sulle imprese beneficate, nonché il com-

pito di riferire al parlamento. Una sezione speciale della legge è significativamente dedicata al settore delle comunicazioni televisive ed affida all'Autorità garante delle comunicazioni il compito di intervenire con eventuali sanzioni quando imprese del settore forniscano un sostegno privilegiato al titolare di cariche di governo cui siano collegate, anche tramite parenti sino al secondo grado. Salvo alcuni trascurabili interventi in questo settore, la legge Frattini è rimasta sostanzialmente inapplicata ed anzi circondata dall'indifferenza generale.. In tale contesto (evidentemente non sgradito all'una ed all'altra parte politica) la responsabilità più specifica è da attribuirsi all'ineffitudine ed alla neglittosità delle Autorità, capaci solo di lamentare, come di consueto, la carenza di organico e di poteri. Della legge Frattini, che ovviamente non è senza demeriti e di cui tralasciamo ogni ulteriore analisi, nessuno sentirà la mancanza, ma in conclusione sembra che il nostro paese sia sempre alla ricerca di ogni alibi che ne giustifichi la scarsa razionalità e coerenza logica ed etica piuttosto che alla ricerca di progressi incrementali verso una modernità fattuale e non retorica.

Resta aperta la prospettiva di una diversa narrazione futura della vicenda problematica del conflitto di interessi.

Ma una quinta stagione per questa problematica, oltre a soffermarsi sulla questione del conflitto di interessi, dovrà inoltarsi sul tracciato di fondo delle democrazie moderne, dominate a tutti i livelli dal dispendio organizzativo, propagandistico e clientelare di partiti, movimenti e aspiranti rappresentanti del popolo e dall'esigenza di risorse sempre più consistenti per la strutturazione, la manutenzione e l'esercizio della macchina politica. Persino più preoccupante che al livello nazionale è il rilievo che qualsiasi candidato ad un consiglio comunale può dover investire somme non trascurabili di tasca propria (o ricorrendo a prestiti onerosi) e, come per ogni altro investimento, lo faccia in vista di sperati profitti o vantaggi personali, di per sé sicuramente in conflitto con l'interesse pubblico. Il finanziamento pubblico ai partiti, lungi dall'essere un'alternativa all'influenza determinante del potere del denaro dei privati sull'elettorato, ne costituisce solo un alibi.. La sua abolizione è il requisito preliminare indispensabile per eliminare uno dei due fattori problematici paralleli in un sistema che sinora ha dato solo prova di produrre corruzione ed inefficienza, lasciando invece spazio, in tal modo, alla soluzione ragionevole e realistica del residuo problema della costruzione di una regolamentazione più consapevole dei rapporti che sarebbe preferibile instaurare tra la società civile ed il personale politico, da identificare sempre più come fiduciario diretto degli elettori della propria circoscrizione, senza un vincolo di mandato che tuttavia può essere fatto valere, per così dire, nelle elezioni successive, essendo i mandanti pienamente a conoscenza di ogni singolo voto espresso in parlamento dal proprio deputato o senatore. Dunque ancora nello spirito di quel diritto privato che - osservava già Jhering - viene sempre messo a repentaglio per primo da ogni percorso dittatoriale *in fieri* o stabilmente consolidato.

*Diritti umani e diritti di famiglia:
tra ONU, Carte Arabe, Carte Europee, un
fronte sempre aperto, tra criticità e ambiguità*

Sergio La China

Professore emerito dell'Università di Genova

Sommario: 1. Si avvia un discorso non facile. - 2. Fonti universali e fonti per singole aree: primo riferimento alle Carte Arabe ed alle Carte Europee - 3. Le Carte Arabe e la linea normativa dell'ONU - 4. Le Carte Europee e la linea normativa dell'ONU - 5. Conclusione politicamente scorretta, tra polemica e passioni: per il nostro diritto nazionale è meglio la Carta Araba!

1. Si avvia un discorso non facile.

Spesso a dare tono e vigore ad un articolo su questioni giuridiche - e non diciamolo scientifico, che è un modo superfluo di darsi delle arie -, oltre agli stati d'animo dell'estensore, al carattere di maggiore o minore attualità dei problemi, al come essi sono affrontati e risolti nella quotidianità dei tribunali, è anche la sede per la quale esso è pensato e scritto; altro è una rivista di quelle toste, auguste, nella cui storia sono nomi come Carnelutti, Carnacini, Satta, Andrioli, altro sono quelle dal titolo discreto, tipo "Giurisprudenza di Rocacannuccia", portate avanti da autorevoli penne locali, il Presidente del Tribunalino di ..., il Presidente del Consiglio dell'Ordine del Comunello di ..., sazi di beghe di paese e in cerca di maggior prestigio dallo studio del giure; ed ancora, altro infine è scrivere sulla rivista del proprio Ordine - qui la *Nuova Giurisprudenza Ligure*, fresca di gioventù ma già carica di pregio e autorevolezza -; qui è come un trovarsi tra amici, il conversare nei corridoi di tribunale in attesa d'essere chiamati nanti il Signor Giudice, alternando riferimenti dotti e commenti scapigliati, ma affratellati tutti nella comune speranza ed ansia - più questa che quella, in verità - di poter lavorare seriamente per la Giustizia e la sua ancilla, la Procedura, in cui tutti noi, anche se ci atteggiamo spesso a scettici e smaliziati, in fondo in fondo crediamo.

Dunque, non v'è il bisogno di esordire con fluviali citazioni bibliografiche, come fanno i giovani ricercatori in attesa di concorso, perché qui siamo fra gente del mestiere, e tutti sappiamo di che stiamo parlando, non vi sono termini supertecnici da spiegare a nessuno, ed allora entriamo subito *in medias res*, inoltrandoci nella delicata materia dei diritti umani per qualche doveroso rilievo molto concreto e molto tecnico, e con attenzione mirata e limitata al confronto tra precisi dati testuali normativi sul tema della nozione di matrimonio.

Osserviamo intanto, a livello direi di sensazioni d'ambiente - il nostro ambiente italiano - più che di precisi orientamenti dottrinali e scelte interpretative, che v'è oggi una certa qual enfasi ed enfiagione e perentorietà della nozione di "diritti umani", anche per effetto di trascinamento dal fortunato slogan del "diritto di avere diritti": due categorie concettuali che si sorreggono a vicenda, blindando le situazioni soggettive cui si riferiscono e garantendone la rilevanza anche nel tempo e nell'oceânico nuovo spazio giuridico della "globalizzazione" - altro termine ormai ineludibile per i giuristi. Certo, non siamo nati ieri e questo è l'approdo di vicende culturali e politiche ben risalenti nel tempo - può bastare qui il ricordo della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo nella Rivoluzione Francese? -, ma è indubbio che il tema è diventato incandescente a partire dal dopoguerra della seconda guerra

mondiale, localizzandosi per così dire l'esplosione dell'attenzione ad esso nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo della Assemblea Generale dell'ONU del 10 dicembre 1948, attenzione poi confermata ed estesa all'universo mondo o replicando la stessa tecnica di Dichiarazioni o Patti o Carte internazionali - v. così ad es. per la protezione di quei diritti un sistema interamericano, un sistema regionale africano - o accogliendo le stesse normative nelle Costituzioni o leggi di ordinamenti nazionali; e il più vistoso esempio della impetuosa fortuna di questa tecnica è proprio la nostra Europa, con la sua normazione a livello di Comunità Europea prima, Unione Europea poi (vedine più oltre menzione precisa) e a presidio di tanta normativa la articolata - fin troppo! - struttura giudiziaria binaria *ad hoc*, con la Corte di giustizia delle Comunità europee e la Corte europea dei diritti dell'uomo, diventate ormai per la loro giurisprudenza quasi un vero apparato para-normativo permanente. Tutto bene dunque? tutto chiaro, limpido, accettabile senza limiti e senza cautele? Se così fosse, potremmo vivere sonni tranquilli, appagati di essere nel migliore dei mondi possibili; ma, come spesso accade nella storia, è proprio la fortuna, il vigoroso prolungato successo e finale trionfo di una idea, di una cultura, di un sistema di pensiero, che crea complicazioni e svela criticità, porta alla luce talune ragioni di sua fragilità, dubbi, incongruenze, quasi crepe in muri all'apparenza solidissimi innescate da vizi annidati *ab origine* nelle fondamenta; ed allora è necessario farsi storici della vicenda che interessa, ripercorrerne momenti e svolgimenti per poter capire e giudicare, confrontarsi infine con problemi reali e fin dove possibile risolverli; ed è questo il discorso che qui, nei limiti di una conversazione dotta e senza spocchia, noi ci proponiamo di avviare, su un tema che più vibrante e centrale non potrebbe essere: regimi e configurazioni di matrimonio e famiglia.

2. Fonti universali e fonti per singole aree: primo riferimento alle Carte arabe ed alle Carte Europee.

Come si è appena osservato poco sopra, per questa ricerca disponiamo di fonti di respiro universale e di fonti di raggio geografico, storico, culturale, delimitato - vorremmo dirlo regionale, pur scontando una certa improprietà del termine -: due filoni normativi tra i quali muoversi con ordine e cautela. Il punto di partenza non può essere altro che la fondamentale Dichiarazione universale dei diritti umani proclamata dalla Assemblea Generale dell'ONU del 10 dicembre 1948; ed in essa, venendo subito al dunque, fissiamo l'attenzione sull'art. 16 che così testualmente dispone: "1. Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza, religione... 3. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato"; e non può passare inosservato che nel primo comma non si dice che tale diritto non può subire limitazioni per ragioni di sesso, come invece si legge nell'art. 2, che i diritti previsti nella dichiarazione spettano ad ogni individuo "... senza distinzione alcuna ... per ragioni di ... sesso ...", e ciò proprio perché questo diritto dell'art. 16 è strutturato sulla differenza di sesso e dunque la sua norma deroga alla previsione generale dell'art. 2!

Non come provenienti da un qualche organo o struttura dell'ONU, ma ascrivibili pur sempre al filone normativo che abbiamo convenuto definire di respiro universale, vanno ora ricordati il patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e poi l'altro pure internazionale sui diritti civili e politici, elaborati in ambito ONU, adottati a New York ed aper-

ti alla firma rispettivamente il 16 e il 19 dicembre 1966, e v. per l'Italia la Legge 25 ottobre 1977, n. 881, autorizzante la ratifica da dare a tali due atti: norme dunque nate dal libero incontro di liberi Stati, impegnati a conformarsi ai principi dello Statuto delle Nazioni Unite come espressamente dichiarato nei rispettivi Preamboli, ed aperte all'accesso ed adesione di qualunque altro Stato, con una apertura così veramente universale. Ed ecco quel che in questi due testi si legge sul punto che ci interessa:

- nel Patto internazionale dei diritti civili e politici, l'art. 23 ripete e ribadisce: **"1. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato. 2. Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio."**; - nell'altro Patto, pur dedicato ai diritti economici, sociali, culturali, ancora si statuisce nell'art. 10, comma 1, che **"... la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società ..."**, ed ivi le successive menzioni di **"figli"** e **"madri"** rendono palese che, oh stupore ! anche qui il matrimonio è cosa di uomo e donna.

Il sistema, limpido e compatto, impostato da tali fonti non può lasciare alcun dubbio, osiamo sperare, su ciò che esso include e ciò che esso esclude; ma prima di spingersi nel tempo successivo a seguirne vicende ed esiti va rilevato un dettaglio che direi ... sfizioso, un dettaglio di solito nemmeno ricordato nelle citazioni correnti di tali documenti, ma tutt'altro che marginale e che ci darà subito spunto per qualche non scontata prima conclusione. La Dichiarazione dell'Onu del 1948 è stata formulata in cinque lingue - cinese, francese, inglese, russo e spagnolo, quelle ufficiali dell'ONU, ma non in arabo: un po' zoppicante, come atto universale ! e la stessa omissione si è ripetuta a distanza di non pochi anni per i due patti ora citati. Che cosa è successo, dunque ? qual'è il significato di questo primo dato ? Innanzitutto balza all'occhio che le lingue prescelte dagli estensori di questi atti sono le quattro dei cinque Stati combattenti e vincitori sui vari fronti della seconda guerra mondiale - Stati Uniti, Regno Unito, Francia, Russia, Cina (allora di Ciang Kai Chek), i famosi Cinque Grandi - più la lingua parlata dai Pirenei all'America Latina (e il portoghese penalizzato dalla prevalenza su di esso dello spagnolo in ambedue le aree, europea e americana): il mondo arabo, che all'inizio della vicenda ancora non si è lasciato alle spalle il pesante colonialismo occidentale, par che sulla scena mondiale conti men che nulla . Solo quando esso si avvede che il seme di quei diritti sta fiorendo e dà i frutti dei vari patti e convenzioni che si stendono come rete sul mondo intero, e che l'espeditivo pur usato di eventuali adesioni e ratifiche con riserve a tutela della propria specificità religiosa non dà gran vantaggio, solo allora e con spirito imitativo esso corre ai ripari con la stessa tecnica delle Carte; ed ecco così dapprima la Dichiarazione Universale Islamica dei Diritti Umani, elaborata e datata da Parigi al 19 settembre 1981 (anno 1401 nel calendario islamico), con Introduzione, Preambolo, lunga e minuziosa elencazione di specifici diritti in numero di ventitrè, e breve nota finale per ausilio interpretativo, e poi la Carta araba dei diritti dell'uomo, elaborata in prima stesura nel 1994, ma poi adottata in forma ben più analitica e complessa - cinquantatré articoli - a Tunisi il 23 maggio 2004 ed entrata in vigore il 15 marzo 2008, due mesi dopo il deposito del settimo strumento di ratifica presso il Segretariato della Lega degli Stati Arabi.

Questo succinto *excursus* storico è già di per sé molto istruttivo, è una reazione ad una esclusione: sintetizzando si può dire che si colgono in esso tre momenti psicologici di una evo-

luzione da parte degli Stati arabi, sempre parametrata sul confronto con il mondo non islamico: imitazione prima, per non essere lasciati indietro, quasi emarginati, dalla comunità internazionale; affermazione di parità poi - **"Anche noi Stati arabi e islamici riconosciamo e proteggiamo i diritti umani e li abbiamo come nostri, non siamo secondi a nessuno in questo campo -"**; ed infine orgogliosa rivendicazione non tanto di superiorità (non v'è una gara a punteggi !) ma di diversità rispetto al mondo *lato sensu* laico, occidentale; diversità radicata - questo è il punto fondamentale - nella religione islamica. In altri termini, **"Noi comunità islamica, umma globale, abbiamo già in noi, nella nostra storia e cultura, la piena capacità di individuare e fondare i diritti assoluti che sono il corredo necessario di ogni essere umano, e non siamo tributari di voi Occidente nell'individuarli e definirli."**

In questo modo il sistema eretto dalle fonti del filone normativo che abbiamo voluto definire universale è venuto a conoscerne in dimensione minore una prima cospicua riformulazione che però, vedremo subito qui oltre, non lo ha negato sul punto del matrimonio e famiglia. Ma intanto in questo Occidente in una approssimativa coincidenza di tempi maturavano altre attuazioni, e vorremmo dire *enforcements*, delle linee normative aperte dall'ONU, seguendo la via delle convenzioni internazionali o delle leggi nazionali; e così abbiamo avuto in Europa in successione e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - CEDU - e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; ascrivibili come date originarie la prima al 4 novembre 1950, giorno della firma in Roma, la seconda al 18 dicembre 2000, giorno della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale CE n. C364, ma state oggetto di molte vicissitudini di protocolli, dichiarazioni, modifiche nel travagliato *iter* dei vari Trattati e annessi attraverso le tappe di Roma, Maastricht, Amsterdam, Nizza, Lisbona, e noi le citeremo qui nell'ultimo testo ad oggi vigente. Ebbene, è proprio in questa duplice vicenda, concentrata nell'arco dei pochi decenni da quando il tema dei diritti umani è stato per così dire riscoperto o riattivato e portato all'attenzione dell'universo mondo dall'ONU, che si sono posti i semi delle quelle criticità o incongruenze cui si accenna nel titolo . In verità, a voler essere proprio precisissimi, i due aggettivi che qualificano le due coppie contrapposte di testi qui citate - arabe, europee - possono apparire fuorvianti: l'Islam non è solo arabo, le correnti di pensiero che animano le nostre Carte non sono solo europee (vogliamo forse dimenticare gli USA?) e più consono al respiro che vogliamo dare a questi discorsi sarebbe parlare solo e sempre parlare di Islam v. Occidente laico, e viceversa, ma mi parrebbe così di indulgere un po' troppo a semplificazioni alla moda, e preferisco argomentare per testi specifici, tutti una sequenza di articoli, capoversi, commi da citare a piè sospinto e ad ogni volger di pagina anziché filosofemi e alte dottrine e nobili genericità, e perciò dirò come mi vien meglio, appunto carte arabe, carte europee, di esse trattando nell'ordine e badando per queste seconde a sempre ben distinguere tra fonte comunitaria e fonte dell'Unione.

3. Le Carte Arabe e la linea normativa dell'ONU.

Sta scritto nella Carta araba dei diritti dell'uomo, art. 33: **"a) La famiglia, fondata sul matrimonio fra un uomo e una donna, è l'unità naturale e fondamentale della società (evidenza, qui come in seguito in tali citazioni, polemicamente mia). Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto a uomini e donne in età maritabile."**. Viene così ripresa e formulata in modo più diretto ed esplicito l'iden-

tica impostazione già palese nella succitata Dichiarazione Islamica del 1981, *sub n. XIX*, Diritto a creare una famiglia: a) “ Ogni persona ha il diritto di sposarsi, per fondare una famiglia e crescere dei figli in conformità con la sua religione, tradizioni, cultura; c) Ogni marito è obbligato a mantenere la propria moglie ed i figli secondo i suoi mezzi “; e tralasciamo di segnalare tutte le altre volte in cui, continuando la lettura di questo diritto, incontriamo parole come “ genitori, genitori, maternità, uomini e donne, diritti delle donne sposate “; ed è importante segnalare che su questa stessa linea sta, inequivoca, la legislazione degli Stati della *umma*, la “ madre “, cioè la comunità mondiale islamica. Così è detto, ad es., nella norma che qui trascriviamo che “ **Il matrimonio è un patto fondato sul mutuo consenso allo scopo di stabilire un'unione legale e duratura fra un uomo e una donna.** “: questo è l'art. 4 della *MUDAUANA*, la nuova legge sul diritto di famiglia del Regno del Marocco del 2004, la quale così poi fissa, nell'art. 54, punto 1, i doveri dei genitori verso i figli: “ **assicurare la loro protezione e vigilare sulla loro salute dal concepimento fino alla maggiore età** “, col che in due articoli ecco posti fuori gioco e fuori legge matrimonio omosessuale e aborto; e proseguendo in questa lettura di testi normativi statali si constata che il matrimonio è sempre previsto e istituito come rapporto fra uomo e donna dalle leggi, che ho personalmente una ad una certe, trovate, studiate, di Algeria, Tunisia, Egitto, Giordania, Turchia, Kuwait, Iraq, Iran, Yemen, e sicuramente non si discostano da questa scelta l'Arabia Saudita, Stato il cui Re si onora del titolo di Custode delle Sacre Moschee (nelle città di Mecca e Medina) e dunque di primaria ed assoluta osservanza islamica, e gli Stati arabi del Golfo e le disastrate Siria e Libia; e non ci consta che si discostino dalla stessa scelta normativa le legislazioni di tutti gli altri stati islamici africani e continentali marittimi dell'Asia. Ed ancora, per non lasciar nulla di inesplorato, non si dimentichi che nell'Islam la poligamia, non menzionata nella Carta, è in forte regresso: nel costume, o abolita, come in Tunisia (ma anche in Turchia) o resa eccezionale per legge, come in Marocco, o derogabile per clausole matrimoniali come posso dar per certo per l'Arabia Saudita e il Kuwait, e comunque, se ci si consente una battuta semi-seria ma non estranea al tema, il matrimonio poligamico, anzi poliginico, resta ancora nel quadro del matrimonio eterosessuale!

In definitiva, la Carta araba si pone in questo campo perfettamente sulla linea dell'ONU, condividendo la scelta, ovviamente con motivazione religiosa conforme alla propria origine e cultura ma non perciò da giudicare inidonea a concorrere ed integrarsi in un diritto universale: e dunque non sarà nell'area coperta da queste due rassegne normative, rapide ma su testi e contenuti fondamentali per il versante universale ONU e per il versante speciale Islam, che potrà attecchire il devastante “ conflitto di civiltà “, sia pure altrove a ragione più temuto.

4. Le Carte Europee e la linea normativa dell'ONU.

Ben diverso è il discorso quanto al rapporto tra le carte europee e la linea normativa ONU, e ciò perché è in Europa che si è avuto un cambio di fronte, una vera virata nella definizione del matrimonio; e senza già proporre giudizi o pregiudizi si cominci dai dati normativi testuali, come è doveroso scrivendo per una rivista giuridica..

Si legga nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la CEDU dalla confusa datazione e aggrovigliata redazione ma comunque nata a Roma il 4 novembre 1950, quel che dispone l'art. 12, appartenente al testo originario: *Droit au ma-*

riage - “ A partir de l'age nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. “ Uomo e donna: “: e non è solo una declamazione dottrinaria, una opinabile scelta culturale, tant'è vero che nell'art 5 del protocollo 7 del 22 novembre 1984 - *Egalité entre époux* -, si parla di *enfants* e non v'è bisogno di commento; e per di più, ragionando in termini di gerarchia delle fonti, è ben chiaro che tra la Convenzione e le leggi nazionali il rapporto è immediato e diretto, non è prevista insomma nessuna introduzione di “ diritti “ assoluti e universali che possano alterare l'automatismo interpretativo della sequenza e disancorare così attraverso nuove leggi nazionali il vincolo posto nella fonte superiore convenzionale al matrimonio uomo-donna.; e nemmeno si può, frantendendo la chiarissima lettera dell'articolo, pensare che sono le leggi nazionali ad operare la scelta (in allora neanche pensabile) della struttura del rapporto matrimoniale fra “ etero “ ed “ omo “, essendo esclusa a priori la seconda alternativa dalla collegata e inscindibile individuazione dei titolari del diritto e dell'oggetto del diritto, rimanendo alle leggi nazionali solo regolare il *quomodo* - modalità burocratiche, norme di stato civile, eventuali problemi di coesistenza con matrimoni religiosi -. Ma ancor più importante di questi pur certi rilievi è il fatto che il citato art. 12 coesiste - quindi è compatibile, si coordina - nella stessa fonte CEDU con l'art. 14 - *Interdiction de discrimination* - dove si dà veste e forza normativa al principio che il godimento dei diritti e libertà riconosciuti in essa “ doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe “, il che significa né più né meno che siamo di fronte ad un normale caso di compresenza nello stesso testo normativo di una norma speciale, *jus singulare*, e di una norma generale, e che il matrimonio esclusivamente ristretto a uomo e donna non configura alcuna violazione del divieto di discriminazione, è addirittura in radice estraneo alle problematiche della non discriminazione in ragione del sesso, in piena armonia d'altronde con il combinato disposto degli artt. 16 e 2 della Dichiarazione ONU del 10 dicembre 1948.

Ma il tempo passa, il Nuovo incalza, nascono imprevedibili inquietudini, ed eccoci alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel testo di cui alla Gazzetta Ufficiale CE n. 364 del 18 dicembre 2000, che al Nuovo apre le porte nettamente discostandosi dalla linea della CEDU ma anche maldestramente sforzandosi di non darlo troppo a vedere. Questa Carta, anch'essa tormentata da una sequenza di mutamenti e aggiustamenti successivi che è inutile qui recitare uno ad uno (basta un buon codice !), ma comunque stabilizzata nel testo emendato dal Protocollo 14 a contare dalla sua entrata in vigore il 1° giugno 2010, così dispone nell'art. 12, che citiamo dal testo originario italiano: - *Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.* - “ Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio “ . Già v'è qui qualche minima imperfezione che un giurista pedante potrebbe non gradire: il diritto unico della rubrica che si sdoppia in due diritti distinti nel testo, il richiamo alle leggi nazionali che possono essere anche ed anzi spesso sono non semplici leggi parlamentari, mutabili ad ogni mutar di maggioranze, ma costituzioni rigide e di molto difficile modifica; ma quel che subito balza all'occhio è che non si parla più di matrimonio solo fra uomo e donna, e il cambio di linea normativa rispetto alla CEDU, appare qui testuale e confermato poi dal divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale posto nell'art. 21, comma 1, della stessa Carta, nel Capo dedicato alla “ *UGUALIANZA* “. A questo punto, piaccia o non piaccia questa con-

versione da un contro - CEDU - a un pro - Carta -, non resterebbe che prenderne atto e passare alla consueta pratica dei commenti esplicativi e non più polemici; ma è proprio qui che il lettore e interprete si imbatte in quelle ambiguità e criticità evocate nel titolo di questo scritto, con esiti di confusione che non fanno onore agli estensori delle normative europee. Ambiguo in prima lettura è, nell'accostamento diretto tra i due testi, il loro concreto rapporto: eliminazione del primo, abrogazione parziale, compatibilità, integrazione; più ambiguo è il loro iniziale radicarsi in due distinti ambiti, Comunità Europea, Unione Europea; ma ancor più ambiguo e inefficace è stato ed è il modo in cui i nostri *conditores legum* hanno pensato di organizzare la convivenza in un unico composito ordinamento di queste due fonti. Ecco, dal Preambolo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'inequivoca frase "La presente Carta riafferma ... i diritti derivanti in particolare... dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ..." (quindi anche il "Droit au mariage" dell'art. 12 CEDU ?); poi nel Trattato istitutivo dell'Unione Europea datato da Maastricht 7 febbraio 1992 ma che qui si cita nella versione consolidata dopo le modifiche apportate con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, ecco l'art. 6, *ex art. F*, ove si statuisce che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali garantiti dalla CEDU del 4 novembre 1950, ".... in quanto principi generali del diritto comunitario" (quindi un po' meno rispettati, solo principi generali e non norme specifiche, quelli sempre più malabili di queste; e il principio generale di non discriminazione per ragione di sesso è un po' meno generale nella CEDU, un po' più generale nella Carta ? puro *nonsense* !); e vedasi ancora il Protocollo n. 8 al Trattato di Lisbona, relativo all'art. 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea ove è prevista l'adesione della stessa alla CEDU, il quale Protocollo detta regole di dettaglio sul presupposto appunto di tale completa adesione; e ancora vedasi, correlata al Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 col n. 1, la "Dichiarazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea", la quale con "... forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" (diritti, principi; siamo ai giochi di parole ?); e infine, ancora dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, v. l'art. 52 - "Portata ed interpretazione dei diritti e dei principi", ove per non sbagliare si mettono insieme diritti e principi prima menzionati distintamente, sì da non attivare periglose dispute verbali e perdersi nella peggiore casistica e si stabilisce che, ove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, "... il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione."; confermati, uguali, dunque l'art. 12 CEDU varrebbe come sempre, immutato - matrimonio uomo-donna, sì, no ? Ebbene NO ! no perché il suddetto art. 52 prosegue con questa altra frase, vero *in cauda venenum*: "La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una disposizione più estesa."; e qui finalmente il gioco diventa scoperto, si palesa più che una oggettiva e necessaria *ratio legis la voluntas*, la intenzione, il proponimento di manipolare con mediocre astuzia verbale il dettato normativo per aprire le porte al matrimonio-omo, raggiungendo il brillante risultato di confermare e negare ad un tempo la stessa proposizione: v'è identità tra i diritti contenuti nella Carta che corrispondono a quelli già garantiti dalla CEDU, ma questa identità può essere rimossa e la corrispondenza alterata con una eventuale facoltativa aggiunta in sede di Unione che in realtà si risolve in una assoluta e diretta negazione del diritto come stato formulato in sede Cedu. Non

ci si illuda di sfuggire a questa antinomia immaginando di trasferire nell'ordinamento retto dalla Carta una situazione analoga a quella ormai diffusa in tanti (non tutti) ordinamenti di Stati europei, di stati federali negli Usa, oggi anche in Nuova Zelanda, cioè la pacifica coesistenza di un matrimonio tradizionale *etero-old style* ed una convivenza omosessuale legalizzata e registrata, magari puntigliosamente voluta definire "matrimonio" anch'essa. Tutto nella pratica può accadere, essere tollerato, accettato, ma con la logica non si gioca. Se connotato essenziale e identificante ancor più che caratterizzante del matrimonio deve essere il divieto di discriminazione per ragioni di sesso, la corretta e primaria ed unica valida sua definizione diventa l'essere il matrimonio un rapporto di legittima e vincolante convivenza tra due persone il cui genere è irrilevante, e il matrimonio tra una persona-uomo e una persona-donna diventa solo una variante secondaria del matrimonio tipo, una variante resa impura dal reggersi ancora su una discriminazione per ragioni di sesso, dall'essere ancora succube dell'antiquato pregiudizio del matrimonio basato sul rapporto uomo-donna. La modesta estensione di protezione che ai diritti garantiti dalla CEDU potrebbe accordare la Carta si muta invece contro d'essi, il matrimonio classico etero-, unico pensabile, è declassato e privato d'ogni prestigio; sul piano dei giudizi di valore, dell'etica, ognuno la pensi come vuole secondo libertà di pensiero, ma il contrasto tra CEDU e Carta è *in actis e in mundo*, questa non conferma quella, la tesi della ipotesi di una coesistenza neutrale delle due è inconsistente, e la conclusione di tutto ciò è che mentre la Carta Araba resta per la materia qui esaminata nello spirito della Dichiarazione Universale dell'ONU la Carta europea la viola, e se conflitto di civiltà deve essere, v'è da chiedersi da che parte stia la civiltà in tema di discipline del matrimonio.

5. Conclusione politicamente scorretta, tra polemica e passioni: per il nostro diritto nazionale è meglio la Carta Araba! Finora il nostro discorso su quella specifica figura dei diritti umani che è il diritto al matrimonio ha seguito questa semplice traccia: prima, le fonti dicas pure universali o, con aggettivo meno sonoro ma di pari ampiezza, generali, da ONU e Patti già citati; poi, due fonti delimitate, carte arabe ed europee; poi, confronto tra normativa araba di radice islamica e normativa universale, poi ancora confronto tra normativa europea di spirito occidentale laico e normativa universale; ed ora a chiudere il percorso ci resta da fare una riflessione comparativa diretta tra le normative delle due aree, araba ed europea; e qui più che di esegesi testuali minuziose v'è bisogno di buona psicologia. Le due culture che modellano le rispettive carte non sono asettiche; muove la prima quello spirito di rivalsa, di rivendicazione di identità e recupero d'importanza di cui già s'è detto sopra, quasi un riscatto da soggezioni di tipo coloniale; e muove la seconda un atteggiamento di balda sicurezza e di autoreferenzialità entro i suoi propri confini - quasi tardiva reminiscenza o ripresa dei tempi d'oro dell'Europa *caput mundi* all'avanguardia su tutto rispetto al resto del mondo -, un dispiagare la bandiera dei diritti umani senza limiti e riguardi, caddendo se non nel quasi-razzismo però sì nell'eurocentrismo, tipico atteggiamento di superiorità ben messo in luce e censurato nel famoso libro di Samuel Huntington sul conflitto di civiltà (v. Bibliografia). Ma è impensabile poter teorizzare sui diritti umani senza attenersi al criterio-guida della loro ineludibile universalità e senza essere consapevoli che lo scenario per ogni discorso su di essi è l'intera popolazione mondiale nel suo essere e divenire, nella contemporaneità e nel futuro, occidentale e orientale, credente e non credente, e che le religioni non possono essere escluse con tranquilla indifferenza - e, stan-

do all'Italia, con un malcelato tenace anticlericalismo - dal correre a individuare e definire ambiti e natura dei diritti umani primari com'è quello di formare una famiglia; e perciò la sola esistenza di un blocco compatto di popolazioni per oltre un miliardo di persone devote all'Islam indebolisce, se ignorata, ogni teorizzazione che ne prescinda, riverbera un effetto negativo sulla più recente posizione europea, impedisce alla carta europea dei diritti umani di rivendicarsi come superiore ed esclusiva verso altre carte, ne fa una carta regionale liberamente apprezzabile nei suoi valori e inaccettabile nei suoi vizi. E perché mai, taluno potrebbe obiettare, se sto studiando i diritti umani in Europa devo occuparmi dei diritti umani nell'Islam e non posso dirmi "un tema alla volta, per carità"? Ma è proprio perché il discorso si è ormai impostato in termini di "diritti umani" che non si può fare così; se si parla di diritti umani, universali, assoluti, lo scenario più appropriato, il banco di prova veramente affidabile è, puramente e semplicemente, il mondo, e limitarsi a scegliere il diritto più diritto secondo l'esito di un conflitto interno ad una sola sua sotto-area è quanto di più fuorviante possa esservi. In sostanza la soluzione europea, la sua deriva regressiva in tema di famiglia è non minoritaria, ma in assoluto inidonea a definire un diritto umano universale; escluso ogni ancoraggio religioso così islamico che cristiano, esclusa come irrilevante la proiezione nei figli, esclusa, volgendoci ora al nostro diritto nazionale, la rilevanza della "natura" (la famiglia "società naturale" dell'art. 29, primo comma, Cost.), ridotta la famiglia a semplice formazione sociale *ex art.* 2 Cost. - poco più che la Bocciofila di Pèntema o l'Associazione Amici del Barolo ... - balza in tutta evidenza la incompatibilità e frontale contrarietà tra il diritto al matrimonio della impostazione arabo-islamica e il diritto ad alcunché di simile della ultima impostazione laica occidentale ed europea (non era così sotto la CEDU!): muta la definizione dell'oggetto, muta la esenza del costituendo rapporto - uomo/donna, persona/persona - muta l'effetto principe - figli/no figli -, scompare l'esigenza primaria, coessenziale all'umanità, naturale (ecco l'ho detta la parola aborrita da fior di teorici) che è la continuazione della vita. E' questa dunque la criticità, come sopra dicevamo, il punto debole o la fragilità nel sistema concettuale che ambisce per questa via a dare valore universale e irreversibile alla totalità dei suoi orientamenti e scelte, impostate sulla nozione-base di diritti umani; e si può chiudere questo articololetto osservando che paradossalmente il nostro ordinamento nazionale è più in sintonia con la Carta Araba dei diritti umani che con la Carta Europea. La nostra Costituzione mostra con il suo art. 30 - comma primo, genitori e figli, comma secondo, genitori, comma quarto, paternità - e con l'art. 31 - maternità - di concepire l'esistenza di padre e madre, e dunque uomo e donna, come essenza del matrimonio e della famiglia., rende ridicoli e - diciamolo pure fuor dei denti, sciocchi - i tentativi di dar corso nel nostro linguaggio a termini come genitore 1, genitore 2 (e perché non genitrice ?), e confidiamo che nessuna callida manipolazione nelle normative europee ai vertici legiferanti dell'Unione - tipo la conferma-negazione ovvero espansione-eliminazione della CEDU - e nessuna solenne alzata d'ingegno della giustizia creativa delle due Corti europee pretenderanno di farci trovare domani sotto una Costituzione abusivamente modificata, o che non siano dubbi diciamo così indigeni, nostrani, a creare incertezze sui nostri valori costituzionali (e abbiamo qui in mente il caso di cui all'articolo di Daniela Papa, *Esiste un diritto al(l'omo) matrimonio?*, di cui *amplus qui in Bibliografia*); ma questo è un altro fronte, tutto endo-europeo, sul quale si tornerà a combattere se e quando si aprirà. *Et de hoc satis; claudite iam rivos, pueri, sat prata bibere.*

Guida alla bibliografia.

Samuel P. Huntington il fondamentale libro *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, ed. italiana, nona ristampa, Milano 2010, ricco di precisi ed illuminanti riferimenti anche al mondo islamico; per un inquadramento d'ampio respiro, che illumina lo sfondo sul quale si proiettano questi eventi, v. Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari 2012, del tutto indifferente però a quanto è oltre il suo orizzonte intellettuale di laico europeo ed occidentale; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1990.

Accostandoci via via al nostro tema, vedi poi, con più diretta attinenza a quel che qui ci interessa, Caracciolo di Brienza, *Diritti umani e Islam: tra universalismo ed etnocentrismo*, Torino 2006; Claudia Bianca Ceffa, *La libertà religiosa nell'Islam: la Carta araba dei diritti dell'uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoechiese.it), luglio 2010; Silvia Angioi, *Le dichiarazioni sui diritti dell'uomo nell'Islam*, dal suo sito Internet, senza data ma sicuramente anteriore all'ultima versione della Carta araba richiamata qui nel mio articolo; Roberta Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, n. 2/2009, p. 197 ss.; Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 2008, p.43 ss; Corbetta, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in *Dir. imm. e citt.* 2000, n. 3, p. 18 ss. . E poiché nello studio del matrimonio islamico pesa sempre il pregiudizio generale della deteriore condizione della donna nel mondo islamico, ignorando le reali e forti diversità al suo interno, si legga di Ida Zilio Grandi, la docente di lingua e letteratura araba di Ca' Foscari traduttrice del Corano, come antidoto alle pigre semplificazioni delle opinioni correnti, *La creazione della donna nel Corano e il suo ruolo nella letteratura islamica*, in *Le religioni e il mondo moderno*, vol. IV (Nuove tematiche e prospettive, a cura di G. Filoromo), Torino 2009, pp. 341-373 . E ancorava qui ricordato, di Abdullahi Ahmed An-naim, *Riforma Islamica: diritti umani e libertà nell'Islam contemporaneo*, edizione italiana a cura di Danilo Zolo, e per una indispensabile visione d'insieme sulle regole giuridico-religiose che il fedele musulmano è tenuto ad osservare v. Castro, *Il modello islamico*, Torino 2007.

Sul fronte opposto e per prima informazione giova qui richiamare, senza pretesa né necessità di completezza: *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Gianniti, nel Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, Bologna 2013; Carbone e Tuo, *Gli strumenti di diritto dell'Unione Europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, 309; *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti nazionali*, a cura di Andrea Caligiuri, Giuseppe Castaldi, Nicola Napoletano, 2010; Antonio Tizzano, *Codice dell'Unione Europea con la Carta dei diritti fondamentali e il Trattato di Nizza*, terza edizione; e su questa linea di studio diciamo pure endo-europea grande attenzione è data in dottrina agli aspetti processuali, con scritti come *Diritto processuale dei diritti umani*, a cura di L. Mezzetti, C. Pizzolo, Repubblica di San Marino, 2013; Diletta Tega, *I diritti in crisi: tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2013; Rosaria Giordano, *Giurisdizione europea e nazionale sui diritti umani. Profili processuali*, Roma 2012; di Chiara Di Seri, *Primaute del diritto comunitario e principio della res judicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. It.*, n. 12, 2009, p. 2835. Quanto alla nota di Daniela Papa menzionata da ultimo nel testo, essa tròvansi nella rivista *Avvocati di famiglia*, n. 2 del 2012, p.58.

Una lettura del César Birotteau di Honoré de Balzac

Marco Baghino

Dottore in giurisprudenza

Nella causa Staubitz-Schreiber (1), l'avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer propone alla Corte di Giustizia la soluzione di una questione pregiudiziale volta a dirimere un conflitto di giurisdizione in una procedura concorsuale. Nella parte introduttiva del suo atto giudiziario, l'avvocato menziona le vicissitudini di César Birotteau, imprenditore protagonista dell'omonimo romanzo di Honoré de Balzac (2) alle prese con una procedura fallimentare agli inizi del XIX secolo.

Alle vicende di *monsieur Birotteau* viene fatta menzione anche nella relazione annuale 2003 della Cour de Cassation (3). Numerose sono poi le citazioni del romanzo fatte oltralpe nel corso dei lavori parlamentari in materie afferenti le procedure concorsuali, o i riferimenti presenti in studi o tesi di ricerca. Richiamare un romanzo nell'ambito della relazione annuale di una suprema corte non è cosa inusuale; nemmeno le citazioni fatte dai membri di un'assemblea legislativa nel corso della discussione di una proposta di legge sembrano de stare particolare clamore (in quel contesto, peraltro, si riducono ad un superfluo sfoggio di erudizione, spesso attribuibile ad uno scrupoloso assistente parlamentare); anche le riviste di diritto contengono articoli di giuristi che mostrano di avere ottima conoscenza della letteratura (4), i quali contribuiscono al consolidamento di una cultura non solo giuridica dei professionisti del diritto.

Di contro, potrebbe sembrare alquanto insolito (almeno per i modesti orizzonti di chi scrive) imbattersi in un personaggio romanzesco leggendo le pagine di un atto giudiziario. Il richiamo del *César Birotteau* da parte dell'avvocato Ruiz-Jarabo Colomer trova la sua ragione, molto probabilmente, nel grande credito di cui gode Balzac nei confronti di coloro che applicano quotidianamente il diritto: il rigore e l'incisività del discorso balzachiano nella descrizione della procedura fallimentare, e, più in generale, dei caratteri del diritto commerciale, elevano il *César Birotteau* ad una narrazione in fatto disseminata di definizioni e spiegazioni degne del miglior manuale di diritto.

Balzac rappresenta e descrive una realtà, e il fenomeno giuridico ad essa connesso, effettuando una minuziosa descrizione dei tratti della procedura fallimentare dell'epoca (5): dall'insolvenza dell'imprenditore alla riabilitazione del fallito, passando per l'ardua decisione di "portare i libri in tribunale", il concordato fallimentare, la vendita all'asta, lo spauracchio della bancarotta. Il romanzo fornisce, inoltre, preziose informazioni sui soggetti che ruotano attorno alla procedura fallimentare (giudice delegato, curatore, comitato dei creditori), sulla giurisprudenza del *Tribunal de Commerce*, sulle prassi e delle astuzie dei commercianti (6), e - tramite la parola del protagonista - rivolge acute critiche al sistema (7). Particolarmente pregevole, poi, è l'uso del lessico giuridico: Balzac ci fornisce la definizione di bancarotta semplice e di quella fraudolenta (il protagonista, infatti, teme un'imputazione per bancarotta semplice poiché ha effettuato spese rilevanti poco prima della dichiarazione del fallimento), ma utilizza altresì il termine bancarotta (consapevolmente) in senso atecnico per indicare la rovina di un commerciante o di

un notaio. Anche gli aspetti processuali vengono menzionati *en passant* in modo semplice e appropriato, ad esempio mediante l'accenno alla diversa competenza a giudicare i due reati di bancarotta: *tribunal de police correctionnel* per il reato di bancarotta semplice e *cour d'assise* per la bancarotta fraudolenta (8).

La centralità del *code de commerce* nel *César Birotteau* può essere considerata un'eccezione, in quanto le opere di Balzac ruotano prevalentemente intorno agli istituti del *code civil*. Qualcuno ha addirittura definito la *Comédie Humaine* come un "long commentaire" al *code civil* (9). Ma anche al di fuori del *code de commerce* Balzac ci fornisce nel *César Birotteau* una moltitudine di spunti per un esame del rapporto tra l'opera letteraria e il diritto.

La vicenda che porta il protagonista ad una crisi di liquidità ha origine in una speculazione nella quale egli viene raggiunto dal suo notaio di fiducia: una compravendita immobiliare in cui *monsieur Birotteau* acquista una quota di tre ottavi della proprietà di un terreno; gli altri comproprietari acquistano in nome proprio o tramite fiduciari.

Per Balzac la compravendita è un'ottima occasione per fare sfoggio delle sue conoscenze del mondo del diritto e degli affari; quali fonti di finanziamento dell'operazione vengono indicate, oltre al denaro contante, il mutuo garantito da ipoteca e la sottoscrizione di cambiali di favore. L'intestazione fiduciaria si realizza mediante lo scambio di *contre-lettres* (10). Per quanto concerne l'imposta di registro da versare nelle casse del fisco, Balzac non si sbilancia, tenendo per sé l'escamotage architettato per eludere il pagamento dell'imposta, celando dietro ad un comodo "ce serait trop long à t'expliquer" fatto pronunciare al protagonista.

Ma la compravendita si è rivelata disastrosa per *monsieur Birotteau* (il notaio è scappato con il denaro contante del commerciante senza rilasciare la quietanza; il banchiere su cui aveva tratto le cambiali di favore le gira con la clausola "senza garanzia").

Il protagonista decide, pertanto, di chiedere una consulenza a *maitre Derville*, *avoué*, il quale gli prospetta, al fine di salvare il salvabile, la possibilità di ottenere la *rescission* del contratto di mutuo, ma solo nella misura in cui non vi sia stata *délivrance d'espèces*. Anche in questo caso Balzac inserisce elementi che stimolano la riflessione del giurista-lettore ancorché non sia del tutto preciso: la *rescission* (11) non potrebbe operare nel caso di specie poiché non sembrerebbe esserci lesione. O meglio: la rilevanza data da Derville alla mancata consegna del contante per la vittoria in giudizio porterebbe il lettore attento a pensare alla mancata *traditio* del denaro, che sancirebbe l'inesistenza del contratto di mutuo, mentre non viene detto niente in relazione ad un eventuale squilibrio delle prestazioni.

Il riferimento all'istituto della *rescission* non appare pertinente, in quanto neanche dal contesto dell'intera vicenda emergono i requisiti che potrebbero giustificare l'azione di rescissione per lesione. Il lettore pignolo potrebbe inoltre rilevare che, ai sensi dell'articolo 1683 del *code civil*, la *rescission* non opera in favore dell'acquirente; quindi, tale rimedio non poteva essere esperito da *monsieur Birotteau* neanche in caso di squilibrio nella compravendita. Questa "svista" potrebbe essere giustificata dalla necessità di non appesantire la narrazione - magari nella consapevolezza di inserire un termine atecnico, familiare al lettore medio e capace di evocare la neutralizzazione del contratto; in ogni caso, tutto ciò, lungi dal rendere il romanzo meno interessante, finisce per mettere alla prova il giurista!

Tra i numerosi (e pertinenti) richiami ad altri istituti giuridici e a vicende in cui il momento del diritto è pregnante si possono segnalare: rettificazione del nome, contraffazione, cazione, imprenditore occulto, contratto di locazione, proprietà del muro, precezzo (*commandement à heure fixe*), transazione, proprietà indivisa, effetto all'ordine senza garanzia, avallo, rinnovo della cambiale, protesto, privilegio, vendita con patto di riscatto (*acte de réméré*), garanzia per i canoni e accessori, donazione, contratto di matrimonio, divorzio, etc. Pur senza costituirne il momento centrale come in altre opere della *Comédie Humaine*, nella finzione romanzesca del *César Birotteau* vengono segnalati anche alcuni aspetti del processo civile: legittimo sospetto, iscrizione a ruolo, condanna in contumacia, termini processuali, apposizione di sigilli. Certamente, il tributo fatto dall'avvocato Ruiz-Jarabo Colomer al *César Birotteau* contribuisce a consolidare il ricordo delle opere di Honoré de Balzac, autore che è riuscito a trasmetterci romanzi densi di informazioni e riferimenti al diritto e alla società del XIX secolo, la lettura dei quali risulta ancora oggi piacevole e appagante.

Per la scrittura del *César Birotteau* Balzac si serve - oltre che della sua esperienza personale di debitore insolvente - della sua profonda conoscenza del diritto acquisita grazie alla sua formazione giuridica e alla sua esperienza lavorativa maturata in uno studio legale e in uno studio notarile. Così come il *César Birotteau*, anche gli altri romanzi della *Comédie Humaine* contengono pregevoli riferimenti a istituti giuridici che intrigano il lettore profano e affascinano il giurista.

Va da sé che lo studente in giurisprudenza trarrebbe notevoli vantaggi dalla lettura delle opere di Balzac, lettura che gli permetterebbe di razionalizzare lo sforzo intellettuale, dandogli l'opportunità di analizzare un istituto giuridico in un contesto diverso da quello manualistico ove le implicazioni giuridiche sono calate nelle vicende concrete della vita quotidiana (12). Gli studenti, ma anche i laureati che frequentano una Scuola Forense, potrebbero accompagnare lo studio e la frequenza delle lezioni con la lettura de *L'interdiction*, nel quale troverebbero un attento riferimento - come suggerisce il titolo - alla incapacità e alla procedura giudiziale di interdizione. Questo romanzo riporta - sotto la finzione letteraria di una lettura ad alta voce - il testo completo di un ricorso per l'interdizione di incapace (13).

Tra le tante interessanti letture si possono inoltre segnalare: *Le contrat de mariage*, nel quale Balzac, oltre a svelare le astuzie architettate da due notai per la conclusione di una convenzione matrimoniale, descrive la reviviscenza del fede-commesso attraverso l'istituzione del maggiorasco.

Le Cabinet des antiques, romanzo che illustra le possibili conseguenze della falsificazione di una cambiale (14).

Une ténébreuse affaire, un "poliziesco" che presenta una fedele descrizione delle peculiarità del processo penale dell'epoca, con ricostruzione del fatto per mezzo di esami e controesami testimoniali.

La lettura di *Gobseck* aiuterebbe a comprendere la figura del contratto simulato, oltre a chiarire le scene che abbiamo tutti solo immaginato leggendo *Père Goriot* ai tempi della scuola, mentre *Le Curé de Tours* offre l'occasione di vedere come la sottoscrizione di un contratto di locazione può portare a conseguenze alquanto spiacevoli per un conduttore sprovveduto (15).

Splendeur et misère des courtisanes, carico di contenuti, permette al lettore di comprendere, tra le altre cose, le particolarità dell'esecuzione forzata e del suo abuso, oltre ad offrire - con una straordinaria efficacia ed incisività - un quadro delle implicazioni derivanti dall'accettazione di una cambiale tratta (16).

Le Cousin Pons illustra il diritto delle successioni attraverso le vicende che ruotano attorno al testamento pubblico, quello olografo, la sua distruzione, la revoca, l'impugnazione... Insomma, non si può non condividere il pensiero di chi ha affermato che "dans Balzac il y a tout aujourd'hui" (17) e concludere osservando come i romanzi della *Comédie Humaine*, nonostante alcuni istituti giuridici siano superati o caduti in desuetudine, oltre a dipingere fedelmente un ritratto della Francia degli inizi del XIX secolo, offrano interessanti strumenti per comprendere la complessità della società di oggi attraverso lo svelamento dei meccanismi di quella di ieri.

Note:

- (1) CGUE Procedimento C-1/04, domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 3, n. 1, del Regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, con ricorso proposto dinanzi al *Bundesgerichtshof* dalla Sig.ra Staubitz-Schreiber.
- (2) HONORÉ DE BALZAC, *César Birotteau*, ed. Gallimart, Parigi 1975, pubblicato per la prima volta nel 1838, con il titolo *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau marchand parfumeur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris, chevalier de la Légion-d'honneur, etc.* La traduzione dal francese delle parti di romanzo citate è stata liberamente effettuata dall'autore dell'articolo.
- (3) M. PHILIPPE DELMOTTE, *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives*, in *Rapport de la Cour de Cassation 2003*.
- (4) Il noto movimento *Law and literature* si propone di analizzare i rapporti tra il mondo del diritto e quello della letteratura. Per una bibliografia essenziale e di facile consultazione si rimanda alla voce *Diritto e letteratura* in *Enciclopedia delle Scienze Sociali* reperibile sul portale www.treccani.it.
- (5) Per un approfondimento sui lineamenti del diritto commerciale che emergono nel *César Birotteau* si veda A. PEYTEL, *Balzac jureste romantique*, Paris, 1950, p. 277 e ss. e lo scritto di C. CIANCIO, *Dalla fiducia nei mercanti alla fiducia nei mercati. Leggi e giustizia commerciale nel César Birotteau di Balzac*, in F. CASUCCI (a cura di), *Diritto di parola. Saggi di diritto e letteratura*, Napoli, 2010, p. 113 e ss.
- (6) "Des créanciers très-fins vont trouver des créanciers très-niaïs ou très-occupés, leur peignent la faillite en laid et leur achètent leurs créances la moitié de ce qu'elles vaudront à la liquidation, et retrouvent alors leur argent par le dividende de leurs créances, et la moitié, le tiers ou le quart gagné sur les créances achetées" (Dei creditori molto furbi vanno a trovare dei creditori molto ingenui o molto occupati, gli dipingono un brutto fallimento e gli acquistano i crediti per la metà del valore che avranno alla liquidazione, e ritrovano quindi il loro denaro grazie alle somme assegnate, e la metà, il terzo o il quarto lo guadagnano sui crediti acquistati).
- (7) Attraverso la finzione letteraria Balzac critica la procedura fallimentare, definendola "une des plus monstrueuses plaisanteries légales" disseminata di abusi che la rendono "un des plus burlesques drames que la Justice puisse protéger". L'autore, inoltre, ritiene poco efficace una giustizia commerciale amministrata dagli stessi commercianti; le decisioni sono sbrigative e ispirate ad una equità solo apparente.
- (8) "Il est peut-être plus horrible d'aller à la sixième chambre pour de niaises bagatelles ou des maladresses, qu'en cour d'Assises pour une immense fraude" (È forse peggio comparire davanti alla sesta camera per delle inezie o delle sviste piuttosto che davanti alla corte d'assise per una immensa frode). La *sixième chambre* era la sezione del *tribunal correctionnel* competente per i reati di bancarotta. Il pensiero di monsieur Birotteau prosegue con quella che è una delle frasi più significative del romanzo: "Aux yeux de certaines gens, il vaut mieux être criminel que sot" (Agli occhi di certa gente è meglio apparire criminale che sciemi).

(9) J. L. HALPÉRIN, *Codes et traditions culturelles, Codici, una riflessione di fine millennio*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 61, Giuffrè, 2000.

(10) Nell'unica edizione italiana reperibile nell'intero sistema bibliotecario del Comune e dell'Ateneo genovese (*Grandezza e decadenza di Cesare Birotteau*, Rizzoli, 1960, traduzione italiana di Piero Bianconi, p. 17) il termine *contre-lettre* è tradotto con "garanzia privata". Talvolta le traduzioni dal francese all'italiano possono dare luogo a equivoci o travisamenti.

(11) Per schematizzare, nel sistema del *code civil* francese è possibile individuare una dicotomia *nullité absolue / nullité relative*, alla quale si contrappone quella di nullità / annullabilità riconosciuta dall'ordinamento giuridico italiano. Le differenze terminologiche e concettuali, invece, vengono meno in materia di azione per lesione: in questo caso tanto nel sistema francese che in quello italiano vengono utilizzati, rispettivamente, i termini *rescission* e *rescission* per indicare lo stesso rimedio.

(12) La valenza formativa della letteratura è stata più volte segnalata su questa *Rivista*; si vedano, tra gli altri, gli articoli di D. CERRI, *Il ruolo della letteratura nella formazione e nell'educazione del giurista*, in *NGL* n. 2/2011, p. 31 e di A. FUSARO, *Il diritto comparato e la letteratura*, in *NGL* n. 2/2012, p. 29. Una riflessione di più ampio respiro sulla valenza formativa della letteratura - non limitata all'ambito del diritto, ma al tempo stesso focalizzata sul realismo balzachiano - si ritrova nella celebre lettera di Engels a M. Harkness, nella quale il filosofo tedesco afferma di aver imparato più cose dalla lettura delle opere di Balzac di quanto non abbia imparato dagli studi degli storici e degli economisti.

(13) Di seguito viene riportato un estratto del ricorso che è possibile ritrovare (per intero) nel testo del romanzo: "La requête. À M. le président du tribunal civil de première instance du département de la Seine, séant au Palais de justice. « Madame Jeanne-Clémentine-Athénaïs de Blamont-Chauvry, épouse de M. Charles-Maurice-Marie Andoche, comte de Nègrepelisse, marquis d'Espard, propriétaire; ladite dame d'Espard demeurant rue du Faubourg-Saint-Honoré, n° 104, (...) A l'honneur de vous exposer, monsieur le président, que, depuis une année les facultés morales et intellectuelles de M. d'Espard, son mari, ont subi une altération si profonde, qu'elles constituent aujourd'hui l'état de démence et d'imbécillité prévu par l'article 486 du Code civil, et appellent au secours de sa fortune, de sa personne, et dans l'intérêt de ses enfants, qu'il garde près de lui, l'application des dispositions voulues par le même article (...)".

Un altro atto giudiziario lo ritroviamo in *Le Colonel Chabert*; in que-

sto caso la finzione letteraria che ci trasmette un frammento di atto è una dettatura al copista.

(14) Il romanzo viene analizzato da Giorgio Rebuffa ne *Il trionfo del codice civile nella testimonianza di Honoré de Balzac*, in *Materiali per lo studio della cultura giuridica*, XXII, n. 1, 1992; l'Autore evidenzia i tratti della società di *ancien régime* che fatica ad adattarsi alle tendenze e alle regole della nuova epoca: la falsificazione di una cambiale può travolgere chiunque, anche il rampollo di una nobile famiglia.

(15) In questo romanzo il protagonista è François Birotteau (fratello di César), parroco a Tours, il quale stipula un contratto di locazione, in veste di conduttore, a condizioni molto sfavorevoli: il contratto di locazione contiene un riconoscimento di debito e prevede una *datio in solutum* della totalità dei beni del conduttore in favore del locatario in caso di inadempimento. Nella *Comédie Humaine* Balzac ha inserito circa duemila personaggi, le vicende dei quali si intrecciano e si completano in quelle dei vari romanzi. Ad esempio, nel *César Birotteau* il fratello François viene menzionato in occasione della richiesta di sostegno economico da parte di César: il fratello parroco ha potuto spedire a César solo una esigua somma; solo leggendo *Le Curé de Tours* conosceremo le vicende finanziarie di François Birotteau. Inoltre, François appare anche in *Les Lys dans la vallée*. César viene menzionato in *Pierrette, La Maison du chat-qui-pelete, La Cousine Bette, Les Petits bourgeois, La Rabouilleuse, L'Envers de l'histoire contemporaine*. Nel romanzo *La Maison Nucingen* viene fatta solo un'allusione a César mediante il richiamo a "un parfumeur de la rue Saint-Honoré".

(16) Nel romanzo Carlos Herrera spiega a Esther Gobseck che una firma vale un semplice *billet* (vaglia cambiario, detto anche "pagherò"), mentre la menzione dell'accettazione implica l'assoggettamento alla *contrainte par corps* (arresto). Dietro a questa annotazione (di semplice decifrazione per il giurista, ma oscura al profano) c'è il *code de commerce*: l'accettazione di una tratta è un atto di commercio e quindi sottopone chi la effettua alle regole del *code*. Ai tempi di Balzac per l'imprenditore era previsto anche l'arresto (*contrainte par corps*, poi abolita con la *loi du 22 juillet 1867*) ma in un altro romanzo della *Comédie* viene segnalato che le regole del *code* non sono applicate sempre nello stesso modo: in *Illusions perdues* vengono spiegate le ragioni per cui l'arresto per debiti non viene quasi mai praticato in provincia e, più in generale, perché la legge commerciale non è applicata in maniera uniforme in tutta la Francia. Si segnala che un estratto di *Illusions perdues* è stato proposto da M. MARCHESEILO e R. NEGRO in *Il diritto allo specchio della letteratura*, Genova, De Ferrari, 2010, nel quale vengono descritte intricate vicende processuali.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Massime

T.A.R. Liguria, sez. II, 8 gennaio 2013, n. 13 - Pres. e Est. Caruso - Consiglieri (Avv. Vignolo) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato) e c. Prefettura di Genova (Avvocatura dello Stato).

ARMI e materie esplodenti - divieto di detenzione - motivazione - reato di calunnia dichiarato estinto - illegittimità

(Art. 43, 39, 11, R.D. 773/31)

ARMI e materie esplodenti - divieto di detenzione - motivazione - ferimento accidentale con arma regolarmente detenuta - insufficienza

(Art. 43, 39, 11, R.D. 773/31)

La fattispecie criminosa della calunnia, a maggior ragione quando investita da una sopravvenuta pronuncia giudiziale di estinzione del reato, non è annoverabile tra quelle che potrebbero rivelarsi indizio di pericolo per la sicurezza pubblica, attesa la natura non violenta del reato, ed anzi volta ad ottenere il risultato illecito attraverso la stessa istituzione giudiziaria.

L'imperizia dimostrata dal possessore d'arma nel procurarsi una ferita accidentale non può costituire, in mancanza di adeguata motivazione in concreto, il presupposto unico del divieto di detenzione a carico di un soggetto che era stato titolare del porto d'armi per diversi anni senza dare adito a rilievi di sorta.

S.VGN.

T.A.R. Liguria, sez. I, 14 novembre 2013 n. 1367 - Pres. Balba - Est. Pupillella - G.T. (Avv. Damonte) c. Comune di Genova.

EDILIZIA - limitati ampliamenti derivanti dal riordino di volumi esistenti o da esigenze di adeguamento energetico - manutenzione straordinaria.

Nei casi in cui il risibile ampliamento del manufatto ha, come nel caso di specie, una funzione di miglioramento energetico dello stesso attraverso l'ispessimento delle pareti per una migliore coibentazione, le opere possono essere regolarizzate, come ha già avuto modo di affermare questo Tribunale con Sentenza della Sez. I n. 331 del 2012.

L.B.

T.A.R. Liguria, sez. I, 17 ottobre 2013 n. 1217 - Pres. Caputo - Est. Ponte - B.P. (Avv. Bertolin) c. Comune di Rapallo.

EDILIZIA - ordine di demolizione - comunicazione di avvio del procedimento - occorre nei confronti di tutti i comproprietari anche se coniugi conviventi.

La partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo preordinato alla comminatoria di sanzione per abuso edilizio, ed alla successiva possibile perdita della proprietà dell'area, deve essere assicurata mediante l'invio della comunicazione di avvio o un suo effettivo coinvolgimento nell'attività istruttoria,

atteso che ciò che è necessario è che al privato sia data la possibilità di partecipare alle attività di rilevamento fattuale che preludono alla valutazione circa l'adozione dell'ordine di demolizione, nonché alla successiva fase di qualificazione, ladove possano sorgere dubbi in ordine alla consistenza ed alla tipologia di sanzione applicabile; di conseguenza, ad esempio, non occorre l'avviso di inizio del procedimento nel caso in cui, prima dell'adozione dell'ordine di demolizione di una opera edilizia abusivamente realizzata, l'interessato sia stato reso edotto dell'avvio del procedimento finalizzato ad accertare la presenza dell'abuso edilizio in occasione del sopralluogo effettuato dalla Polizia municipale (cfr. Consiglio di Stato n. 4470/2013).

(Nel caso de quo la comproprietaria non risulta mai essere stata coinvolta, né nella fase di accertamento, né in quella di qualificazione. Nel ricostruire la vicenda in fatto e nella documentazione, la ricorrente evidenziava di non aver mai ricevuto alcun atto pur essendo comproprietaria con il marito.)

L.B.

T.A.R. Liguria, sez. II, 13 novembre 2012, n. 1438 - Pres. Caputo - Est. Bellucci - Consiglieri (Avv. Vignolo) c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Avvocatura dello Stato) e c. Ufficio Provinciale della Motorizzazione Civile della Provincia di Genova (Avvocatura dello Stato).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità della pubblica amministrazione - comportamento colposo per adozione di atti amministrativi illegittimi - configurabilità.

(Art. 2043 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità della pubblica amministrazione - esimente dell'errore scusabile - esclusione.

(Art. 2043 c.c.)

DANNI in materia civile - danno patrimoniale - spese di assistenza professionale nella fase esecutiva delle sentenze di annullamento di atti amministrativi - risarcibilità.

(Artt. 2056, 1223 c.c.)

DANNI in materia civile - danno non patrimoniale - incidenza degli atti amministrativi illegittimi sulla qualità di vita del cittadino - risarcibilità.

(Artt. 2059, 2056, 1226 c.c.)

In tema di responsabilità civile della pubblica amministrazione per adozione di atto illegittimo, sussiste l'elemento soggettivo della colpa nell'aver revocato una patente di guida adagiandosi sulla valutazione effettuata nell'ambito di diverso procedimento e nell'aver utilizzato una metodologia di analisi non prevista per il rilascio della patente di guida mentre, sulla base della documentazione disponibile e percorrendo scelte istruttorie appropriate al procedimento in questione, l'amministrazione sarebbe pervenuta a soluzione diversa da quella adottata.

Va esclusa l'esimente dell'errore scusabile quando la pubblica amministrazione non si trova di fronte ad un quadro clinico del sog-

getto di per sé fuorviante, ma anzi ha avuto modo di analizzare un'ampia documentazione fornita dall'interessato.

E' risarcibile il danno patrimoniale connesso ai provvedimenti illegittimi di revoca della patente di guida e consistente nelle spese di assistenza professionale sopportate dal cittadino per ottenere l'esecuzione delle sentenze del Tribunale Amministrativo.

E' risarcibile il danno non patrimoniale legato alla privazione della patente di guida per un tempo ragguardevole, in quanto notoriamente incidente sulle abitudini del cittadino con sensibile pregiudizio per la sua qualità di vita.

S.VGN.

T.A.R. Liguria, sez. I, 17 ottobre 2013 n. 1215 - Pres. Caputo - Est. Ponte - F.R. (Avv.ti Miggiano, Paparelle e Scotto) c. Comune di Celle Ligure.

ORDINANZA contingibile e urgente - garanzie partecipative soggetto passivo - necessità - potere di deroga a garanzie procedurali solo attraverso la specifica indicazione delle ragioni di urgenza.

ORDINANZA contingibile e urgente - presupposti- solo per far fronte a situazione non prevedibile e con misure provvisorie temporalmente limitate.

L'ordinanza contingibile e urgente adottata dal Sindaco quale ufficiale del Governo deve essere preceduta dal doveroso rispetto delle garanzie partecipative del soggetto passivo secondo il consolidato orientamento a mente del quale la preventiva comunicazione di avvio del procedimento prevista dall'art. 7, l. n. 241 del 1990 rappresenta un principio generale dell'agere amministrativo, anche (e soprattutto) con riferimento a quei provvedimenti che impongono un facere nell'esercizio di un potere autoritativo nei confronti di un soggetto passivo titolare di interesse legittimo oppositivo. Pur se adottati in termini di atti contingibili e urgenti, tali garanzie partecipative debbono necessariamente venire in essere atteso che il mancato tempestivo coinvolgimento procedimentale del soggetto passivo dell'atto di ordine finale, impedisce la valutazione di quegli elementi che, sia in astratto che in concreto, la parte destinataria avrebbe potuto proporre (cfr. Tar Liguria n. 1726/2008 e 68/2008). (1)

La garanzia procedimentale postulata dal sopra cennato art. 7, deve ritenersi derogabile solo attraverso la specifica indicazione delle ragioni di urgenza, e pertanto non può ritenersi conseguenza automatica della natura (ordinanza contingibile e urgente) del provvedimento. (2)

L'esercizio di tale rilevante potere residuale per far fronte a situazioni di emergenza, quale quello delle ordinanze contingibili ed urgenti impone, a carico dell'amministrazione emanante, l'esplicazione delle ragioni di pericolo e urgenza. (3)

Più in generale, la possibilità di ricorrere allo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente deve ritenersi legata alla sussistenza di un pericolo concreto ed attuale, che impone di provvedere in via d'urgenza con l'ausilio di strumenti extra ordinem, all'uopo di porre rimedio a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, di pericolo attuale e imminente per l'incolumità pubblica, non fronteggiabili con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento. (4)

Pertanto il carattere della contingibilità esprime l'urgente necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza in casi di pericolo attuale ed imminente e a tali presupposti deve necessariamente ritenersi correlato il carattere della provvisorietà, che implica che le misure previste debbano avere efficacia temporalmente limitata. (5)

(1-5) Nota.

La decisione in commento ha consolidato l'orientamento giurisprudenziale (peraltro già proprio del medesimo T.A.R. Liguria n. 1726/2008 e 68/2008) secondo il quale, anche nell'emanazione di ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco quale ufficiale di Governo, devono essere rispettate le garanzie procedurali previste dall'art. 7 l. 241 del 1990, omesse nel caso de quo.

Invero, secondo il collegio il momento partecipativo rappresenta un principio generale dell'agere amministrativo, anche (e soprattutto) con riferimento a quei provvedimenti che impongono un facere nell'esercizio di un potere autoritativo nei confronti di un soggetto passivo titolare di interesse legittimo oppositivo.

La sola natura del provvedimento (ordinanza contingibile e urgente) non vale ad elidere le suddette garanzie, che possono essere derogate solo con specifica motivazione in ordine alla sussistenza di una situazione di urgenza tale da non consentire il rispetto del contraddirittorio procedimentale.

Siffatta opzione ermeneutica ribadisce, altresì, come tali garanzie debbano sempre venire in essere atteso che il mancato tempestivo coinvolgimento procedimentale del soggetto passivo dell'atto, impedisce la valutazione di quegli elementi che, sia in astratto che in concreto, la parte destinataria avrebbe potuto proporre.

Lorenzo Barabino,
Avvocato, Foro di Genova

Documenti

Un problema sempre attuale: il significato della separazione dei poteri.

Prof. Avv. Giovanni Cofrancesco

Associato di Diritto Pubblico, Università di Genova

Sommario: 1. *Alle radici della problematica: il potere di gubernaculum e di iurisdictio nel basso medioevo.* - 2. *Nascita dello Stato. Il contratto sociale come origine del potere pubblico: la legge assorbe il potere di gubernaculum e di iurisdictio. La declinazione di J. Locke.* - 3. *La separazione dei poteri in Montesquieu: legislativo (“potere di emanare le leggi”), esecutivo (“negli affari esterni”) giudiziario (“esecutivo negli affari interni”).* - 4. *Il principio rivoluzionario della sovranità popolare: il potere pubblico spetta alla generalità dei cittadini attraverso il principio di maggioranza.* - 5. *Nei paesi a common law la sovranità democratica è inidonea ad incidere sui diritti dei singoli. L’administrative law si pone come ulteriore vincolo che il potere pubblico (legislativo) pone a se stesso (esecutivo). Il vincolo del precedente.* - 6. *Il gubernaculum dei paesi a diritto amministrativo come espressione della volontà popolare che comprime e, talora, annulla le libertà individuali.* - 7. *Conseguenza nei modelli forti di strutturazione del potere pubblico (Francia, Germania) e di quelli deboli (Italia Spagna)* - 8. *Le applicazioni “deboli” in senso democratico dello Stato assoluto. La mancata unificazione del potere pubblico in Italia: la formulazione delle leggi generali e astratte come nel sistema francese, a livello applicativo più simile a quello tedesco nell’ottica di contrattazione continua dei rispettivi ambiti di competenza.* - 9. *La separazione dei poteri a geometria variabile. Il governo dei giudici negli USA e il c.d. “ruolo di supplenza” della Magistratura italiana: l’oggettiva politicità del giudice italiano* - 10. *Ruolo delle organizzazioni internazionali: il fallimento di un’estensione generalizzata dei principi liberali e del metodo democratico.* - 11. *La legalità a formazione progressiva dell’art. 3, 2 comma Cost. ovvero la possibile negazione del principio della separazione dei poteri. Reati vaghi e teorici necessitati: il “peculator” punito più del serial killer a seconda degli scopi pubblici.*

1. Alle radici della problematica: il potere di gubernaculum e di iurisdictio nel basso medioevo. (1)

Venuto meno il concetto romano della potestà pubblica come gestione di una “cosa” (immateriale) appartenente a tutti, cioè di una “res publica”, che comportava la potestà di stabilire diritti ed obblighi a carico dei singoli ai fini di tale gestione (attraverso norme e provvedimenti di competenza prima del senato e del popolo romano, poi in misura sempre crescente, dell’imperatore), nell’epoca alto medievale il potere pubblico, sotto l’influsso delle concezioni delle popolazione barbariche, assume il carattere della direzione concordata di un gruppo più o meno ampio di persone, cioè della direzione di una “societas”. Una societas all’interno della quale la posizione giuridica dei singoli è basata su una serie di norme (scritte o soprattutto consuetudinarie) e di accordi con i detentori del potere pubblico, mentre la funzione di questi ultimi consiste da un lato nel decidere riguardo alle controversie tra i soggetti facenti parte della comunità, e dal-

l’altro nella gestione di tutti quegli affari di interesse comune, per così dire “indivisibili”, quali innanzi tutto la tutela dell’ordine pubblico all’interno della comunità e la difesa della “societas” verso l’esterno, nei confronti degli altri gruppi politici territorialmente organizzati, nonché riguardo alle altre attività di interesse generale dell’epoca (ad es. il garantire il transito su una strada utilizzabile da tutti, l’organizzazione di una fiera ecc.). Questa struttura del potere pubblico, che si ritrova già in embrione a livello dei singoli domini romano barbarici e poi dei singoli feudi più o meno autonomi che si affermano nel corso del X secolo durante il periodo dell’ “anarchia feudale”, nel basso medioevo viene a consolidarsi su due livelli, uno paneuropeo (occidentale) e l’altro locale. Così la gestione degli affari indivisibili a livello paneuropeo (le crociate, i rapporti con i territori non facenti parte dell’Europa latina, ma anche il mantenimento della pace interna all’Europa occidentale e la garanzia dei traffici e dei commerci all’epoca nuovamente in espansione) viene a concentrarsi nell’imperatore, mentre il potere di decidere le controversie tra i soggetti relativi ai settori più importanti della vita associata, quelli che caratterizzano la comune cultura e la comune “spiritualità” europea (i rapporti matrimoniali e quindi quelli tra “familiae”, i diritti di proprietà pubblica, i rapporti contrattuali ecc.) vengono a concentrarsi nel papato e in un apposito corpo di norme, il *diritto canonico*. Gli altri rapporti vengono gestiti a livello locale (a volte anche su più livelli, in relazione alle piramidi feudali), sia per quanto riguarda le attività indivisibili di interesse generale, sia per quanto concerne le controversie civili e penali. Grazie anche all’apporto di generazioni di giuristi, alcuni esperti nello studio dell’antico diritto romano, riportato in auge inizialmente come diritto imperiale implicito, e in quello del nuovo diritto canonico, altri più legati alla conoscenza e alla pratica dei diritti locali, vengono così ad essere definiti in maniera compiuta e consapevole i due aspetti del potere pubblico cui abbiamo accennato, entrambi ripartiti sui livelli descritti (paneuropeo e locali).

Ciò avviene sullo sfondo di due principi fondamentali che caratterizzano la concezione medievale del diritto e del potere pubblico. Innanzi tutto, il diritto, la legge (scritta o consuetudinaria) deve essere condivisa da tutti coloro che le sono soggetti, in base al principio *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*: la mentalità medievale non conosce il principio di maggioranza. Ovviamente per soggetti dotati del potere di approvazione non si intendono in quest’epoca i singoli, ma i rappresentati delle diverse realtà corporative sottoposti alla legge: feudatari, clero titolare di chiese, corporazioni di mestieri ecc. In secondo luogo, il potere pubblico non può andare contro il *diritto condiviso*, dato che in caso contrario non solo l’atto del potere pubblico perde ogni efficacia concreta, ma anche chi lo ha emanato ne risponde personalmente, il che comporta la rimozione di chi ha abusato della propria posizione, sino al caso estremo (ma tutt’altro che teorico) della rivolta popolare e della deposizione del signore feudale o del magistrato (secolare o ecclesiastico) che ha violato il diritto. Per la mentalità medievale il potere pubblico, non di rado oppressivo nei confronti dei singoli, è concettualmente un potere di tipo “contrattuale” derivante da una sorta di ob-

bligazioni bilaterali tra governante e governati. Su questo sfondo si collocano e si precisano i due aspetti del potere pubblico: il primo denominato *iurisdictio* viene definito come il potere di decidere le controversie tra i soggetti stabilendo diritti e obblighi spettanti alle parti, in base a quanto previsto dalla legge, sorretta dal consenso generale. In questo potere rientra anche la potestà di mettere per iscritto (magari per adattarlo a nuove situazioni) il diritto stesso, cioè la potestà di emanare nuove leggi, le quali però, da un lato senza il consenso generale non possono innovare al diritto previgente e dall'altro se contrarie al diritto vigente non possono (e non debbono) essere, ed anzi possono comportare la rimozione dalla sua posizione di colui che le ha emanate; il secondo, denominato *gubernaculum* (o anche *imperium*) viene definito come il potere di gestire materialmente quegli affari che riguardano la generalità dei consociati e che non possono essere gestiti dai singoli (rapporti esterni, sicurezza interna, attività di interesse generale, peraltro molto ristrette in quest'epoca). Nella concezione medievale, questo secondo gruppo di competenze pubbliche non solo non deve, ma soprattutto non può (nel senso che non ha la capacità giuridica di farlo), andare a toccare le posizioni dei singoli, imponendo obblighi o limitando diritti, dato che tali posizioni possono essere intaccate solo grazie ad una decisione giudiziaria, cioè in base ad un atto di "iurisdictio". Che il mondo medievale conoscesse molti abusi compiuti dai signori e signorotti vari ai danni dei sottoposti deriva dal fatto che ad essere tutelati non erano tanto i singoli, quanto i titolari delle realtà corporative (feudi, parrocchie, corporazioni ecc.), e che spesso gli accordi che regolavano i rapporti tra signori e sottoposti erano fortemente vessatori verso questi ultimi e prevedevano la possibilità di molti soprusi. Ciò però non cambia il quadro concettuale descritto. Peraltro, anche per quanto riguarda le attività di "gubernaculum" i titolari potevano emanare delle norme, che in questo caso (a differenza di quelle che mettevano per iscritto o adattavano il diritto in sede di "iurisdictio") rappresentavano essenzialmente un impegno unilaterale vincolante da parte del titolare del "gubernaculum" riguardo al modo in cui avrebbe esercitato il suo potere, ad esempio riguardo a quali funzionari avrebbe affidato il potere di polizia, a quali persone e in quali circostanze avrebbe concesso il transito su una strada pubblica ecc.

2. Nascita dello Stato. Il contratto sociale come origine del potere pubblico: la legge assorbe il potere di *gubernaculum* e di *iurisdictio*. La declinazione di J. Locke. (2) All'inizio dell'età moderna il potere sovrano viene a concentrarsi in uno solo livello territoriale: da un lato cadono i poteri paneuropei (papato e impero) e dall'altro vengono assorbiti quelli esistenti a livello locale più basso (feudi, comuni ecc.): è la nascita dello "stato". I due fasci di poteri pubblici ereditati dal medioevo vengono inizialmente trasposti nella mutata realtà, ma la nuova situazione, caratterizzata anche dalle specificità culturali causate in ogni Paese dalla adozione di un diverso credo religioso, non rimane senza effetti. Nella nuova situazione, l'accenramento dei poteri pubblici sovrani nello Stato comporta che l'esercizio delle pubbliche potestà non è più regolato da una serie di contratti tra governanti e governati (con scambio delle posizioni riguardo alle diverse materie), ma da norme generali emanate dal sovrano, di modo che il concetto di contratto "sociale" come origine del potere pubblico assume il carattere di un concetto essenzialmente filosofico o morale, che molti pensatori utilizzano per esprimere le loro teorie sul ruolo e sulle funzioni di co-

loro che esercitano tale potere. La potestà di emanare norme valide per tutto l'ambito territoriale dello "Stato" assume ben presto nella cultura giuridica e politica dell'epoca un ruolo autonomo come manifestazione del potere pubblico, e come tale viene riconosciuta come autonoma non solo nel pensiero dei giuristi (e dei teorici delle politica), ma anche a livello di organizzazione dello Stato: *nasce il potere legislativo come potere autonomo*, la cui importanza andrà crescendo nei secoli successivi. Questa funzione normativa o "legislativa" assorbe in sé due attività in precedenza eterogenee: quella di mettere per iscritto, o al più di adattare, il diritto che riguarda le posizioni dei singoli, attività prima rientrante nella "iurisdictio" e quella di stabilire unilateralmente le regole per la gestione delle attività di interesse generale, in precedenza rientrante nel "gubernaculum". Si delinea così nello Stato moderno un potere pubblico che tende ad essere tripartito in legislativo (consistente nell'emanazione di norme generali, sia di "iurisdictio" che di "gubernaculum") il quale viene sempre più ad essere concepito come il fondamento degli altri due; esecutivo (comprendente tutte le attività già rientranti nel "gubernaculum", escluse ovviamente quelle normative) e giudiziario (comprendente tutte le attività già rientranti nella "iurisdictio", ad eccezione di quelle normative). L'unificazione nel potere normativo di aspetti in precedenza distinti avviene peraltro nel quadro culturale di una più generale unificazione del modo di concepire il potere statale, sicché i poteri ora individuati vengono considerati come manifestazioni di un'unica potestà "sovranità", e ciò in parte mette in ombra la distinzione per molti versi "ontologica" che correva nel mondo medievale tra "gubernaculum" (potere materiale senza effetti giuridici) e "iurisdictio" (potere giuridico senza effetti materiali). Per motivi sociali, politici, e legati alla cultura religiosa dei diversi Paesi, questa unificazione del modo di concepire il potere statale e le sue manifestazioni avviene peraltro in due modi diversi: o in base ai principi che erano propri della "iurisdictio", oppure in base a quelli che erano propri del "gubernaculum". La prima ipotesi la troviamo nella monarchia limitata (tipicamente quella inglese), la seconda nelle monarchie assolute (quelle dei Paesi europei continentali). Peraltro, in entrambe vengono individuati dai pensatori giuridico - politici, e dai soggetti a vario titolo coinvolti nell'esercizio della sovranità, le manifestazioni del potere pubblico, e viene teorizzata, caldeggiate politicamente, e realizzata giuridicamente una loro divisione fra soggetti autonomi, ma ben diverso è il contenuto, e di conseguenza il significato giuridico e politico della separazione, nel contesto della monarchia limitata (e degli stati di cultura anglosassone) o in quello della monarchia assoluta (e degli stati di cultura europeo continentale).

In Inghilterra (e poi in tutte le isole britanniche) la monarchia "limitata" si afferma alla fine del 1600 con la "gloriosa rivoluzione", con la cacciata (in linea con la tradizione medievale) del "re - tiranno" Giacomo II, che avrebbe voluto introdurre un potere più o meno assoluto del monarca, e l'incoronazione di un nuovo sovrano (Guglielmo III) disposto a gestire un potere basato sulle regole proprie dell'antica "iurisdictio". Questa concezione trova la sua espressione soprattutto nel modello di Stato ideale elaborato da J. Locke (1632 - 1704), esiliato sotto Giacomo II e rientrato in Inghilterra insieme a Guglielmo III, secondo il quale alla base di ogni comunità politica esiste un (implicito) patto sociale che deve garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei singoli, identificati da Locke con la libertà personale e la proprietà (intese in senso lato), di modo che la loro violazione

non solo comporta la responsabilità del titolare del potere (sino alla destituzione del tiranno) ma prima di tutto determina *l'inefficacia giuridica di tali atti e quindi il potere (e il dovere) per tutti i soggetti pubblici e privati di non applicarli e di opporvisi*. In tal modo il potere legislativo può emanare leggi aventi efficacia giuridica sia nel settore del *"gubernaculum"* che in quello della *"iurisdictio"*, ma solo in quanto non violino i diritti individuali, dato che in caso contrario tali leggi dovrebbero considerarsi prive di ogni effetto e quindi non applicabili. Quanto al potere di decidere riguardo agli obblighi e ai diritti individuali (rientrante nell'antica *"iurisdictio"*), esso comprende anche quello di applicare o di non applicare le norme emanate dal legislativo a seconda che rispettino o meno tali diritti, mentre la coerenza generale delle decisioni in materia è garantita dalla continua verifica rispetto a quelle adottate in precedenza (secondo la concezione empirista radicale propria di questo pensatore), il che consacrerà definitivamente il *principio del precedente vincolante* su si basa tutt'oggi l'attività giudiziaria in tutti i Paesi anglosassoni. Locke, creando qualche confusione ai suoi interpreti, inserisce in questo gruppo di poteri relativi alla tutela dei diritti individuali anche le attività di *"gubernaculum"* che rispetto ad essi si pongono come *"serventi"* (ad esempio quelle di eseguire le sentenze) e comunque *"strumentali"* (così il mantenimento della sicurezza pubblica), le quali di per sé consistono come da tradizione solo in attività materiali senza alcun valore giuridico autonomo, e definisce nel suo insieme il potere che comprende le attività giudiziarie in senso proprio nonché quelle correlate, potere *"esecutivo"*. Inoltre, data la sua concezione *"minima"* dello stato ideale, non comprende fra le restanti attività di *"gubernaculum"* alcuna attività diretta al benessere comune (che nella sua visione resta affidato all'iniziativa dei singoli) ad eccezione del potere di rapportarsi agli stati esteri, che chiama potere *"federativo"*. Pertanto la sua tripartizione tra potere *"legislativo"*, *"esecutivo"* e *"federativo"* non assumerà presso i posteri un gran valore teorico. Ciò a maggior ragione se si tiene conto del fatto che Locke auspicava la sola separazione del legislativo (da affidare ai rappresentanti di tutti i ceti congiuntamente con il monarca) rispetto agli altri due poteri che dovevano entrambi essere incardinati presso il monarca e i suoi funzionari, questi ultimi espressione dei ceti interessati. L'evoluzione del sistema inglese porterà, senza peraltro basarsi (conformemente alla mentalità pragmatica britannica) su una esplicita impostazione teorica, ad una tripartizione dei poteri più coerente con la tradizione, attribuendo il legislativo al sovrano ed ai ceti (*King in Parliament*); il potere esecutivo, comprendente tutte le antiche attività di *"gubernaculum"* e quelle sempre crescenti relative al benessere comune, al sovrano e ai suoi funzionari; ed il potere giudiziario ai rappresentanti dei ceti, con un ruolo particolare per il clero ed i nobili (entrambi inseriti nella Camera dei Lords, in funzione di suprema corte di giustizia). Rispecchia invece pienamente la concezione di Locke il *carattere limitato* di ciascuno dei poteri così suddivisi, limitato poiché nessuno di essi ha la capacità giuridica di incidere sui diritti individuali: non il legislativo dato che la legge non sarebbe efficace; non l'esecutivo dato che consiste solo in attività materiali prive di efficacia giuridica autonoma; non il giudiziario tenuto a rispettare il precedente. Come si vede, in quest'ottica la separazione dei poteri, pur essendo molto importante, non assume un ruolo così decisivo rispetto alla tutela dei singoli, dato il carattere limitato in origine di ogni manifestazione del potere pubblico.

3. La separazione dei poteri in Montesquieu: legislativo (*"potere di emanare le leggi"*), esecutivo (*"negli affari esterni"*) giudiziario (*"esecutivo negli affari interni"*). Se dunque Locke può considerarsi il teorico della limitazione più che della separazione dei poteri, quest'ultima acquisirà piena dignità concettuale circa mezzo secolo dopo, grazie all'opera di C. Sécondat di Montesquieu (1689 - 1757), il quale peraltro vive in un contesto giuridico e politico diverso e si basa su un'impostazione culturale altrettanto difforme. Mentre infatti Locke delinea un modello di stato ideale e le sue affermazioni riguardano come uno stato *"deve essere"*, Montesquieu adotta un punto di vista essenzialmente descrittivo, diretto ad illustrare secondo quali regole e in base a quali forme si struttura e si ripartisce il potere pubblico nei diversi ordinamenti esistenti ed esistiti in ogni parte del mondo. Per far questo, Montesquieu, si avvicina ad un illuminismo di tipo *"storico"* diretto a delineare in base a quali leggi si strutturano e si evolvono le società umane, analogo per molti versi a quello del contemporaneo G.B. Vico (1668 - 1744), e utilizza dei concetti generali a mo' di strumenti di analisi della realtà del divenire storico, concetti generali che peraltro (e forse inevitabilmente) trae dall'ambiente culturale proprio della sua epoca. Il principale di questi strumenti teorici, quello che farà la fortuna presso i posteri del suo pensiero, è costituito dal concetto di *tripartizione dei poteri*, desunta da quella che si andava profilando nello stato moderno europeo occidentale. L'individuazione dei tre poteri a livello di categorie universali e valide in ogni tempo per descrivere le organizzazioni politiche del passato e del presente si basa infatti sulla situazione propria dello Stato della prima età moderna. Montesquieu suddivide il potere pubblico in *legislativo* (potere di emanare le leggi); *esecutivo* (chiamato *"esecutivo negli affari esterni"*) che comprende non solo le competenze estere dello stato, ma anche quelle che riguardano la collettività statale nel suo insieme, e soprattutto il mantenimento dell'ordine interno; e *giudiziario* (chiamato *"esecutivo negli affari interni"*) che consiste nella competenza a decidere sui diritti e sugli obblighi dei singoli. Proprio il suo punto di vista che vuole essere solo descrittivo e universalmente valido, porta Montesquieu ad ignorare gli aspetti valutativi che invece sono alla base dell'opera di Locke riguardo ai limiti del potere pubblico in relazione alle posizioni individuali. La stessa separazione dei tre poteri che egli ammira nella realtà inglese, come forma ottimale di organizzazione dello stato, capace di garantire al meglio la *"libertà"* (intesa però soprattutto come sicurezza personale) dei singoli, Montesquieu ritiene inadatta non solo ai popoli orientali, ai quali è confacente il regime dispotico con poteri concentrati in un unico imperatore, sultano o simili, ma anche alla Francia della sua epoca, per la quale egli auspica una concentrazione del potere legislativo e di quello esecutivo in senso stretto in capo al sovrano e una attribuzione invece di quello giudiziario ai rappresentanti di singoli ceti, a seconda dello stato sociale delle persone coinvolte. Peraltro questa assenza di valutazione sul fatto che il potere pubblico possa (o debba) o meno avere un carattere limitato, porta le idee di Montesquieu, al di là delle sue intenzioni personali, a sposarsi con la concezione del potere che si stava nel frattempo sviluppandosi nel continente europeo in antitesi a quella britannica, ovvero la concezione del potere propria della monarchia assoluta, la quale con modalità e tempi diversi stava unificando il potere pubblico ai danni delle precedenti entità sovrane infrastatali. Questa unificazione, avviene in base ai principi propri dell'antico *"gubernaculum"* che vengono

estesi in sostanza al potere pubblico *tout court*. Così il potere legislativo viene concepito ed esercitato come il potere di stabilire ogni tipo di norma, sia che essa riguardi le attività di interesse generale, sia che riguardi i diritti e gli obblighi individuali senza alcun limite, di modo che in quest'ottica i diritti dei singoli non sono tali se non sono previsti dalla legge, mentre nella concezione della monarchia limitata la legge non è tale se viola i diritti dei singoli. Il potere esecutivo non consiste più in un mero potere materiale, ma, in quanto ciò sia previsto dalla legge, diventa capace di produrre unilateralmente effetti sulle posizioni giuridiche dei singoli, anche sacrificandole ai fini di interesse generale. Ciò non solo allo scopo di tutelare l'ordine interno o di gestire i rapporti esteri, ma anche in misura sempre crescente al fine di favorire il benessere dei cittadini e la solidità dell'economia e delle finanze pubbliche. Quanto al potere giudiziario, si riduce alla potestà di applicare la legge (e non anche a quella di non applicarla come avviene nella monarchia limitata) individuando nel caso singolo i diritti e gli obblighi per i singoli previsti dalla legge. Un potere quest'ultimo che consiste quindi, in ipotesi, in un puro e semplice ragionamento che riconduce la fattispecie alla norma astratta che pertanto, sulla scorta di una definizione di Montesquieu verrà definito come un potere *“nullo”* o *“neutro”*, ma un potere anch'esso assoluto in quanto applichi quanto previsto dalla legislazione, non limitato dal rispetto delle posizioni individuali, le quali sono tutelate solo se previste dalla legge.

Peraltro questa unificazione del potere nel segno dell'antico *“gubernaculum”* che avviene nei Paesi dell'Europa continentale si sviluppa secondo percorsi diversi e che portano a configurazioni differenti (pur all'interno del modello della monarchia assoluta) nei vari Paesi. In Francia, dove il re Luigi XIV (1638 - 1715) nella stessa epoca in cui il monarca inglese viene cacciato può identificarsi con lo Stato affermando *L'état c'est moi*, il potere legislativo viene progressivamente a concentrarsi nel solo sovrano, il quale, sempre meno condizionato dal consenso dei ceti, emana leggi che stabiliscono al contempo quali siano gli interessi generali e in che misura i diritti dei singoli debbano essere tutelati, mentre i rappresentati dei vecchi ceti vengono trasformati in funzionari reali, deputati o a gestire le attività di interesse generale anche a scapito dei diritti dei singoli (potere esecutivo), oppure a definire i diritti e gli obblighi previsti dalla legge. In Germania, in particolare nel regno di Prussia, ove la concentrazione della sovranità, ritardata di un secolo rispetto a quella francese, avviene invece per singoli accordi tra ceti e monarca, dando vita ad una legislazione particolare per i nobili proprietari terrieri, ad un'altra per i nobili militari, ad altre ancora per il clero, per i mercanti, per gli artigiani ecc. Tutte queste legislazioni particolari vengono emanate di comune accordo tra il sovrano e i singoli ceti interessati, unitamente ad altre norme che regolano i conflitti che coinvolgono ceti diversi, mentre ai loro rappresentanti viene attribuito, sotto la guida del monarca, sia il potere esecutivo sia quello giudiziario, di modo che il re Federico II il Grande (1712 - 1786) non si identificherà con lo Stato ma affermerà di esserne il *Primo Servitore*. Quanto alla situazione italiana, molti stati rimangono ancora in una situazione di tipo medievale, con la permanenza di poteri sovrani in capo alle realtà feudali, ecclesiastiche e corporative, mentre là dove avviene l'unificazione del potere pubblico a livello statale, ciò si verifica (sempre nell'ottica della monarchia assoluta) in genere in base al modello francese (che influenzò in particolare lo stato piemontese) quanto alla forma, e in base a quello tedesco quanto al contenuto, nel senso che ad un potere pub-

blico formalmente e astrattamente esercitato dal monarca in tutte le sue manifestazioni si accompagna un contenuto che consente ai diversi ceti di portare avanti i propri interessi. Queste differenze ancora oggi caratterizzano i sistemi dell'Europa continentale, i quali peraltro, appartengono tutti al modello di monarchia assoluta. Quanto alla separazione dei poteri quale esposta nella teoria di Montesquieu, assume un ruolo essenziale nella monarchia assoluta diventando in sostanza la condizione necessaria per aversi una corretta gestione del potere non limitato dalla tutela delle posizioni individuali, mentre nell'ottica propria della monarchia limitata essa finisce per rappresentare solamente uno strumento (sia pure di importanza fondamentale) per mantenere il carattere limitato del potere, grazie a quei *“freni e contrappesi”* (*“checks and balances”*) che il pensatore francese aveva visto essere tipici del sistema inglese.

4. Il principio rivoluzionario della *sovranità popolare*: il potere pubblico spetta alla generalità dei cittadini attraverso il principio di maggioranza.

A partire dalla fine del secolo XVIII, entra sulla scena politica, a volte con la gradualità delle riforme, a volte con la violenza della rivoluzione, un protagonista fondamentale: la sovranità popolare. Si tratta di una delle più grandi rivoluzioni della storia umana, la realizzazione di un livello di democrazia così ampio che mai in precedenza si era raggiunto. Il potere pubblico che prima era attribuito ad una più o meno ristretta cerchia di persone o in un singolo (il monarca) viene ora considerato attinente alla generalità dei cittadini. Come tutte le cose umane porta con sé i propri limiti, che si esprimono in maniera particolare in due istituti strettamente collegati tra loro che caratterizzano in maniera inevitabile il modo di esprimersi delle volontà del nuovo sovrano. Il primo è il *principio maggioritario*: la volontà della generalità dei cittadini non può che esprimersi attraverso la maggioranza (più o meno qualificata). Ciò pone fine al principio medievale dell'approvazione generale degli atti del potere pubblico aventi efficacia giuridica (principio del *“quod omnes tangit ...”*), e solleva acuti problemi, che la storia degli ultimi due secoli ha dimostrato essere tutt'altro che teorici, sulla possibilità che l'identificazione della volontà della maggioranza con quella della generalità, caldeggiata com'è noto soprattutto nel pensiero di J.J. Rousseau (1712 - 1778), possa dare luogo ad un sorta di *tirannide della maggioranza sulle minoranze e soprattutto sui singoli*, preoccupazione che caratterizza in particolare le valutazioni di A. De Tocqueville (1805 - 1859). Ciò è tanto più vero se si tiene conto del ruolo svolto al fine di legittimare l'esercizio del potere pubblico dal secondo istituto che caratterizza lo stato democratico, quello della *sovranità per rappresentanza*, dato che i soggetti che esercitano i poteri pubblici sono legittimati a farlo solo in quanto rappresentanti del vero sovrano, costituito dal popolo o dall'insieme dei cittadini.

Questo istituto fondamentale del diritto pubblico odierno affermatosi in tutti gli stati occidentali (e non solo) porta come si è accennato a stravolgere l'impostazione del rapporto tra governanti e governati di origine medievale che in precedenza aveva caratterizzato tutti gli ordinamenti europei, in base alla quale ai primi spettava il compito di esercitare le funzioni pubbliche e ai secondi quello di prestare anche implicitamente il loro consenso a tali attività, pena la delegittimazione dei governanti, il che era vero persino nelle monarchie assolute, che nel differenziarsi dai regimi dispotici, presupponevano un consenso da parte dei governati rispetto

all'operare del monarca, consenso che si esprimeva in genere nel concedere a quest'ultimo i mezzi finanziari, da reperire tramite la tassazione, di cui aveva bisogno nello svolgimento dei suoi compiti. Questo consenso alla tassazione, se aveva la sua massima espressione ancora una volta in Inghilterra (sancito dal principio *no taxation without representation*), non era del tutto scomparso nemmeno nella assolutistica Francia, dove alla vigilia della rivoluzione, al fine di operare un'importante riforma fiscale, Luigi XVI non poté fare a meno di convocare gli Stati generali, di cui nessuno ricorda più né l'importanza né la funzione. Nello stato democratico infatti, nel momento in cui la figura del sovrano viene identificata con il "popolo" o con l'insieme dei cittadini, viene meno concettualmente la distinzione tra governanti e governati, dato che entrambi finiscono per coincidere con il popolo. In forza di tale situazione, che servì a Rousseau per giustificare la tesi della coincidenza tra la volontà della maggioranza (dei cittadini in quanto governanti) con quella della generalità (dei cittadini in quanto governati), *la volontà del nuovo sovrano, il popolo come insieme dei governanti, diventa infatti automaticamente insindacabile, dato che solo il popolo che costituisce l'insieme dei governati, sarebbe abilitato a sindacarla*. Il problema principale riguardo alla formazione delle decisioni che costituiscono manifestazioni di potere pubblico diventa quindi essenzialmente quello della legittima rappresentanza del potere spettante al popolo, un istituto che se da un lato consente di nominare e rimuovere i soggetti detentori del potere pubblico (o almeno i detentori dei poteri ritenuti più rilevanti) semplicemente con una periodica procedura elettorale, dall'altro affida totalmente la legittimazione a governare a questa procedura, di modo che alla base dell'esercizio del potere pubblico nello stato democratico non sta più il rapporto tra governanti e governati, bensì quello tra il "popolo" (cioè l'insieme dei cittadini in cui coincidono governati e governati) e i suoi rappresentanti. *Questa situazione di spostamento della sovranità nel popolo e di valorizzazione della rappresentanza come unico istituto che legittima l'esercizio del potere pubblico, si diffonde a partire dalle rivoluzioni di fine settecento e si afferma, in tempi e con modi diversi in tutti gli ordinamenti occidentali contemporanei*. Essa porta con sé un altro problema, quello della legittimazione di tutti coloro che sono chiamati ad esercitare il potere pubblico in assenza di un mandato diretto degli elettori (dato che in una realtà quale lo stato contemporaneo è impensabile che tutti i funzionari pubblici siano di nomina elettiva), problema che viene risolto prevedendo varie forme di subordinazione o di controllo da esercitarsi da parte dei rappresentanti politici democraticamente eletti sull'operato dei funzionari non eletti, forme le quali si strutturano diversamente a seconda della tradizione giuridica e politica nella quale prende corpo lo stato democratico. Infatti, anche la sovranità trasferita al popolo, la sovranità "democratica", rimane pur sempre, a seconda degli ambienti giuridici e sociali in cui si afferma, o una sovranità limitata o una sovranità assoluta: tutto ciò dà luogo a due tipi di Stato, incidendo da un lato sui rapporti reciproci fra poteri dello stato, ormai separati in tutti gli ordinamenti in base alle concezioni di Montesquieu, e dall'altro sulla configurazione di ciascuno di essi per quanto riguarda sia i rapporti con i cittadini sia la legittimazione ad esercitare le funzioni pubbliche.

5. Nei paesi a *common law* la sovranità democratica è inidonea ad incidere sui diritti dei singoli. L'*administrative law* si pone come ulteriore vincolo che il potere

pubblico (legislativo) pone a se stesso (esecutivo). *Il vincolo del precedente*.

Nell'ambito degli stati contemporanei eredi della monarchia limitata (i Paesi anglosassoni) anche la democratizzazione del potere segue tale impostazione culturale, di modo che la volontà popolare viene considerata e gestita dai suoi "rappresentanti" come una volontà a sovranità limitata. Se è vero che il legislativo (con la rivoluzione negli Stati Uniti, e grazie ad un ampliamento graduale del suffragio in Gran Bretagna) si afferma come la massima espressione della volontà popolare (riconosciuta anche al principio federale), è altrettanto vero che tale volontà "politica", basata sul principio rappresentativo e su quello maggioritario, non può andare a toccare i diritti e gli obblighi individuali spettanti a singoli, i quali rimangono al di là della portata della legge. Questi diritti rappresentano l'oggetto dell'antica "*iurisdictio*" che in questo modello di Stato prevale sulle istanze relative agli obiettivi "politici" di interesse generale, anche se fondati nella volontà popolare. Peraltro, mentre in Gran Bretagna tali diritti sono tutelati attraverso una serie di consuetudini da tutti osservate, e grazie alle decisioni giudiziarie legate al precedente, negli Stati Uniti essi vengono messi per iscritto già pochi anni dopo l'approvazione della Costituzione federale, con i primi dieci emendamenti, i quali costituiscono il *Bill of rights* americano. Quanto al potere esecutivo, anche nei Paesi anglosassoni si afferma la sua dipendenza della volontà politica popolare, attraverso il rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo in Gran Bretagna, o tramite l'elezione diretta (peraltro legata ad una serie di particolarità apparentemente astruse dirette a tutelare la struttura federale) negli Stati Uniti. In entrambi i casi tale potere, pur legittimato democraticamente, mantiene pur sempre i suoi limiti, la sua inidoneità ad incidere sui diritti dei singoli, la sua impotenza giuridica a costringere chiunque a fare alcunché, se non attraverso la decisione giudiziaria. Da questo deriva che *il potere esecutivo viene visto come un potere di gestione non autoritativa*, concezione che si mantiene anche quando i compiti pubblici di interesse generale aumentano in misura rilevante (soprattutto nella seconda parte del novecento) anche in Stati portati a ridurre il ruolo pubblico quali quelli anglosassoni. Quanto al potere giudiziario, non viene strutturalmente toccato dalla democratizzazione, essendo un potere per sua natura riconlegato ai diritti di tutti i singoli, e la sua evoluzione in senso democratico consiste nell'estendere la tutela giudiziaria a soggetti e a situazioni prima non garantite, cioè nell'adattare con le interpretazioni (spesso anche con forzature) del principio del precedente vincolante, la tradizione giuridica alle nuove situazioni.

Da tutto ciò discendono due caratteristiche importanti degli stati anglosassoni: la prima consiste nell'assenza di un corpo di norme particolari che disciplinano con effetti nei confronti dei cittadini l'azione del potere esecutivo diretta a fini generali, nell'assenza cioè di un "diritto amministrativo" (e infatti nel linguaggio giuridico tali stati vengono definiti: ordinamenti a diritto comune, o a "common law") capace di incidere sulle posizioni dei cittadini. Anche negli stati anglosassoni (inizialmente negli Stati Uniti e ultimamente anche in Gran Bretagna) si è sviluppato peraltro un insieme di norme relativo all'azione delle strutture proprie del potere esecutivo che porta il nome ingannevole di *administrative law*, ma tali norme costituiscono (come le antiche regole di autodisciplina del "*gubernaculum*" emanate dal signore feudale) una sorta di ulteriore vincolo unilaterale che il potere pubblico (legislativo) pone a sé stesso (come potere esecutivo),

di modo che non solo non possono incidere sulle posizioni dei cittadini, ma questi ultimi possono far valere nei confronti dei soggetti pubblici oltre ai diritti loro spettanti in base al “common law”, anche quelle posizioni e quelle pretese che, in forza del vincolo posto dall’ “administrative law”, il potere esecutivo è tenuto a garantire. La seconda caratteristica riguarda la posizione di coloro che gestiscono il potere pubblico in assenza di un mandato diretto di tipo elettivo. In questo genere di stati sono considerati come dei professionisti autonomi che, per un tempo più o meno lungo o anche in alcuni casi a tempo indeterminato, pongono la loro opera al servizio delle strutture pubbliche, professionisti, il cui compito consiste non nell’eseguire le prescrizioni dei funzionari elettivi o politici, ma nel raggiungere i risultati propri del loro ruolo. Così i funzionari - professionisti del settore amministrativo ricevono da parte dei politici eletti degli obiettivi da raggiungere ritenuti di interesse generale (e non degli ordini), mentre dal canto loro i funzionari - professionisti che svolgono funzioni giudicanti trovano i loro obiettivi già definiti nella tutela dei diritti dei singoli, in base al criterio (non sempre pienamente rispettato, ma comunque operante nella stragrande maggioranza dei casi) del precedente vincolante. A questo proposito è opportuno ricordare, per quanto riguarda l’esercizio della funzione giudiziaria in particolare di quella penale, che negli stati a common law i compiti dell’accusa rientrano in quelli di “gubernaculum”, essendo attinenti alla realizzazione dell’interesse generale alla punizione dei reati e alla tutela della sicurezza pubblica, per cui sta ai funzionari - professionisti dell’accusa decidere se chiedere la punizione o meno dei singoli reati (principio della facoltatività dell’azione penale), mentre quanto alla situazione personale del singolo accusato, da un lato la sua eventuale colpevolezza è autonomamente (e unanimemente) decisa da una giuria composta da ordinari cittadini (eredità questa del principio che un soggetto può essere giudicato solo dai suoi pari, propria del diritto medievale inglese), e dall’altro la pena è stabilita dai professionisti - giudici osservando i principi e delle norme giuridiche (nonché dei precedenti) in materia. Tutto ciò secondo un modello di processo (definito “accusatorio” o *adversarial*) che è strutturato come una contesa tra accusa e difesa, arbitrata dal giudice e decisa dalla giuria. Come si vede, in questa situazione, i titolari dei poteri perseguitano ciascuno obiettivi differenti e operano in base ad otiche particolari, per cui essendo la separazione ormai radicata nel sistema istituzionale, il problema che si pone è caso mai quello del loro reciproco controllo, anche qui nell’ottica, che pure permea anche i sistemi anglosassoni, della legittimazione democratica dell’operato di tutti i funzionari. In questo modo, istituti che parrebbero una violazione della separazione dei poteri agli occhi di un osservatore europeo continentale nei Paesi anglosassoni rappresentano dei modi di garantire che i singoli poteri si mantengano ognuno nei propri limiti: si pensi alla possibilità per gli organi politici di nominare e revocare con arbitrio quasi assoluto i titolari delle funzioni amministrative, o alla nomina e al controllo svolto dagli organi politici non solo sui rappresentanti dell’accusa ma anche sugli stessi giudici, rappresentanti dell’accusa e giudici che peraltro in alcuni casi (a livello dei singoli stati membri degli U.S.A., anche se non a livello federale) sono anch’essi di nomina elettiva “popolare”. Anche i sistemi anglosassoni hanno indubbiamente registrato quelle tendenze alla “tirannide della maggioranza” di cui parlava Tocqueville, tendenze che hanno preso corpo a volte nel mancato riconoscimento dei diritti individuali (si pensi ai diritti delle

persone di colore negli Stati del Sud degli Stati Uniti il cui riconoscimento portò alla guerra civile, 1861-1865), a volte, sotto la spinta di movimenti di forte presa popolare, nella ri-definizione dei diritti e degli obblighi fondamentali dei singoli (così l’inserimento nella costituzione americana del divieto di vendere alcolici avvenuto con il XVIII emendamento, poi abrogato dal XXI emendamento). Altre volte le esigenze di interesse generale (sociali, economiche ecc.), hanno portato ad un conflitto con le posizioni individuali, e hanno fatto in modo che le necessità del “gubernaculum” finissero in parte per prevalere su quelle proprie della “iurisdictio” (a livello di tassazione, di imposizione di obblighi di solidarietà sociale ecc.). Negli Stati Uniti ciò si è finora verificato ad “ondate” storiche: per tutti il conflitto verificatosi durante la seconda presidenza di F.D. Roosevelt (1882 - 1945) tra il Congresso e l’esecutivo da un lato e la Corte suprema dall’altro sulle misure che caratterizzavano il *New deal*, o anche la recente e controversa riforma sanitaria varata dal presidente Obama. In Gran Bretagna il processo è stato più continuo e costante, nel senso di una progressiva diminuzione della tutela di alcune posizioni individuali (relative anche qui alla libertà di stipulare contratti, di assumere lavoratori, agli obblighi fiscali ecc.) a favore delle esigenze dell’interesse generale. Nel complesso però possiamo dire che gli stati a common law, cioè gli stati a potere democratico limitato, sono in genere sempre riusciti sin qui a trovare gli antidoti per queste tendenze, e quindi non hanno sperimentato né le esperienze dittatoriali (che hanno affossato quella stessa democrazia che affermavano di difendere) né l’impostazione sociale e politica dirigista (spesso portata avanti in nome della libertà individuale) che hanno invece caratterizzato, sia pure in epoche diverse e in modo e misura differenti, pressoché tutti gli stati democratici che hanno invece fatto propria l’eredità della monarchia assoluta.

6. Il *gubernaculum* dei paesi a diritto amministrativo come espressione della volontà popolare che comprime e, talora, annulla le libertà individuali.

Nei Paesi europeo continentali, eredi della monarchia assoluta, nell’epoca contemporanea si afferma un modello di stato a sovranità democratica, ma pur sempre illimitata, nel quale ben più reali sono state le tendenze alla degenerazione “tirannica” della democrazia, la quale molto spesso, in questo ambito ha finito per negare sé stessa e per calpestare pesantemente i diritti individuali dei singoli, non protetti culturalmente ancor prima che giuridicamente da una “iurisdictio” che limitasse le decisioni della volontà “popolare” della maggioranza o dei suoi rappresentanti (veri o presunti tali.) Anche negli stati di tradizione europeo continentale infatti il principio democratico si afferma innanzi tutto nella elezione dei titolari del potere legislativo espressione della volontà “generale”, ma nel momento in cui questo potere viene considerato come assoluto nel suo ambito, cioè come un potere legittimato a definire per legge i diritti e gli obblighi dei singoli, ne deriva che questi ultimi sono in balia delle decisioni di tale corpo legislativo, e della élite politica che inevitabilmente lo dirige, dato che tali decisioni non sono tenute a rispettare le posizioni giuridiche individuali. Si è verificato quindi che coloro che sono stati capaci, quando le condizioni storiche lo hanno consentito o lo hanno addirittura favorito, di rivolgersi direttamente al corpo elettorale con il loro “carisma”, lo stesso metodo democratico è saltato e con esso ogni tutela dei diritti individuali, anche quella basata sull’applicazione universale della legge

propria dei sistemi europeo continentali. Tutti gli stati eredi della monarchia assoluta prima o poi hanno vissuto queste esperienze: se infatti la storia ha giustamente condannato in maniera assoluta i tiranni tedeschi (Hitler), sovietici (Stalin) e italiani (Mussolini) del novecento, mentre ha dato un giudizio in parte positivo del tiranno francese dell'ottocento (Napoleone) è pur vero che anche quest'ultimo (per quanto personalmente "illuminato"), creò come gli altri un potere personale, dittoriale e negatore dell'autonomia dei singoli, e la sua politica portò la guerra in tutto il continente europeo. Rimane il fatto che anche nei periodi di funzionamento democratico, gli stati di tradizione europeo continentale hanno concepito la legge come una espressione di sovranità che subordina e sacrifica alle esigenze dell'interesse generale (cioè a quelle dell'antico "gubernaculum" che ora costituisce espressione della volontà popolare), la tutela delle posizioni individuali (e quindi l'operatività dell'antica "iurisdictio"). Né la situazione è strutturalmente cambiata quando, dopo la seconda guerra mondiale, nei Paesi più duramente toccati dalle dittature (Germania e Italia) è stato introdotto, sul modello formale dell'esperienza americana, l'istituto della costituzione "rigida", avente un valore formale superiore a quello delle leggi ordinarie. Senza svalutare l'importanza di questo istituto, la cui portata a tutela dei singoli è stata comunque rilevante in entrambi i Paesi, le costituzioni tedesca e italiana non mettono per iscritto una serie di diritti comunque spettanti ai cittadini (non costituiscono cioè un atto di "iurisdictio"), ma al di là delle espressioni (la costituzione tedesca parla espressamente di "rispetto" delle norme del "diritto naturale"; quella italiana enumera una serie infinita di diritti) vengono stabilite una serie di regole che tutelano le posizioni individuali ma solo in quanto tale tutela costituisce un obiettivo di interesse generale (cioè un obiettivo di "gubernaculum"). Queste costituzioni, a differenza di quella americana, consentono, e spesso richiedono, un bilanciamento tra i diversi diritti in astratto tutelati, e attraverso questo bilanciamento, affidato alle scelte politiche della volontà generale, permettono che la tradizione dello stato assoluto (pur con molti temperamenti) sostanzialmente continui pur in presenza delle Corti costituzionali previste da entrambe come giudici della conformità della legge alla Costituzione. Cosa analoga avviene nel sistema francese dove vige una sorta di "diritto di voto" preventivo rispetto alle leggi conferito ad un organo politico autonomo rispetto a quelli elettivi, il "*Conseil constitutionnel*", che annulla le leggi solo con il filtro della Cassazione e del Consiglio di Stato. Quanto al potere esecutivo, se da un lato è posto alle dipendenze della volontà popolare con istituti non dissimili da quelli del mondo anglosassone (soprattutto con l'*istituto della fiducia parlamentare al governo* in Italia e Germania, anche mediante elezione diretta del Presidente della repubblica in Francia), dall'altro lato, in sintonia con la tradizione della monarchia assoluta, si pone come un potere che, in quanto legittimato dalla legge - manifestazione della volontà "popolare", e in nome dell'interesse generale quale definito dai rappresentanti del governo politicamente legittimati ad esprimere (e quindi in nome delle esigenze di "gubernaculum") può incidere in maniera diretta e coattiva sulle posizioni dei singoli. Il potere giudiziario dal canto suo ha invece il compito essenzialmente di applicare la legge - manifestazione della volontà popolare e solo in secondo luogo, in quanto ciò costituisce una conseguenza dell'applicazione della legge, ha il compito di tutelare i diritti individuali, e pertanto non trova altro limite che nella stessa legge, dato che il precedente giu-

diziario non ha nei sistemi europeo continentali, alcun valore giuridicamente vincolante. In questi stati il principio democratico coinvolge, con intensità diversa, ma in maniera strutturalmente omogenea i tre poteri: il legislativo è spinto ad adeguare le norme alla volontà popolare, l'esecutivo a perseguire l'interesse pubblico democraticamente individuato, il giudiziario a definire le posizioni dei singoli in maniera conforme alla volontà democraticamente espressa nella legge. Da qui derivano due caratteri specularmente contrari rispetto a quelli che abbiamo visto essere tipici dello stato anglosassone. Il primo è rappresentato dall'esistenza di un *corpo di norme particolari* che disciplina l'azione autoritativa del potere esecutivo, corpo di norme chiamato **diritto amministrativo** che tanto caratterizza lo Stato europeo continentale che la comune definizione giuridica è quella di **Stati a diritto amministrativo**. Questo corpo di norme deroga al diritto comune e soprattutto deroga in maniera molto rilevante ai diritti dei singoli cittadini, di modo che il potere esecutivo, attenendosi ad esso finisce per assumere una posizione fortemente privilegiata e autoritaria rispetto ai cittadini, giustificata anche in questo caso dal rispetto della legge come espressione della volontà generale. A questo proposito è giusto notare la differenza tra il concetto di "stato di diritto" e quello di stato che rispetta le regole giuridiche comuni ai soggetti pubblici e privati ("rule of law"), concetti che spesso vengono confusi. Il primo indica la situazione del potere esecutivo in ambito europeo continentale e descrive la condizione di una amministrazione pubblica che può incidere unilateralmente (grazie all'istituto della *esecutorietà* degli atti amministrativi), fino a sacrificarli totalmente, sui diritti dei singoli in nome dell'interesse generale, basta che ciò sia consentito dal diritto amministrativo. Il secondo invece indica la situazione di una amministrazione pubblica che può perseguire i propri obiettivi di interesse generale solo al di qua dei limiti rappresentati dai diritti individuali, dato che nessuna legge può autorizzarla a violarli quando sono stabiliti dalla *rule of law* definita dalle decisioni giudiziarie. Tipico degli ordinamenti europeo continentali è il fatto di prevedere dei giudici particolari per le cause tra i cittadini e le amministrazioni pubbliche che nell'esercizio delle loro funzioni autoritative, che possono consistere in giudici speciali costituiti in un corpo apposito (come accade in Francia con i giudici amministrativi che fanno capo al *Conseil d'état*), o in particolari categorie di giudici ordinari (come accade in Germania), oppure ancora come accade nel nostro Paese in parte in giudici civili ordinari (dotati però di poteri limitati riguardo alla possibilità di costringere le amministrazioni ad adempire alle loro sentenze) e in parte in giudici speciali (Tar e Consiglio di Stato) ai cui più ampi poteri di costringere le amministrazioni ad ottemperare alle loro prescrizioni fa riscontro una forte limitazione della loro potestà di giudizio, che si riduce in sostanza ad un controllo di ragionevolezza sull'operato delle amministrazioni. Tutto ciò in ossequio alla concezione tipica degli stati europeo continentali della separazione dei poteri, la quale non ammette che il potere giudiziario (potere "neutro", il cui compito consiste solo nel ricondurre il caso concreto alla norma) possa interferire autoritativamente con le decisioni altrettanto autoritative delle amministrazioni, concezione che come vedremo si declina peraltro in maniera differente nelle realtà culturali e istituzionali francese, tedesca e italiana che pure su di essa si basano. La seconda caratteristica specularmente contraria rispetto agli ordinamenti anglosassoni consiste nello *status* dei funzionari pubblici non elettivi che costituiscono l'ossatura

portante dell'apparato pubblico, a maggior ragione in ordinamenti quali quelli a diritto amministrativo che prevedono un intervento statale a fini sociali, economici ecc. ancora più esteso e rilevante di quelli a common law. Negli ordinamenti di tradizione europeo continentale i funzionari non eletti sono degli impiegati - burocrati, che come tutti i dipendenti ricevono dai titolari dei poteri politici degli ordini su come operare (e non degli obiettivi da raggiungere). Questo è vero per i funzionari - burocrati amministrativi, soggetti alle direttive degli organi politici, ma è anche vero per i funzionari - burocrati del settore giudiziario, il cui operato è soggetto alle direttive contenute nella legislazione: una posizione come si vede molto diversa da quella dei funzionari - professionisti propria degli ordinamenti anglosassoni. In quest'ottica, che è pur sempre quella della sovranità assoluta, la divisione formale tra i poteri tende a farsi ancora più accentuata onde garantire che l'attività dei funzionari non eletti (amministrativi e giudiziari) possa rappresentare la pura attuazione della volontà generale, espressa nella legislazione e negli atti di indirizzo politico provenienti dai vertici delle amministrazioni. Mentre negli ordinamenti anglosassoni i poteri tendono a controllarsi reciprocamente accentuando così il loro carattere limitato, in quelli europeo continentali tendono sempre più a staccarsi e a rendersi isolati l'uno dall'altro, accentuando in tal modo il loro carattere assoluto. Ciò avviene peraltro in maniera diversa nei principali stati (compreso il nostro) a diritto amministrativo: vi accenneremo parlando delle particolarità dei singoli ordinamenti. Un'ulteriore caratteristica tipica degli ordinamenti europeo continentali che li contrappone a quelli anglosassoni è il rapporto tra accusatori e giudici (entrambi costituiti da funzionari - burocrati). Mentre nei sistemi a common law l'accusa afferma la propria pretesa alla punizione dell'imputato (una pretesa di interesse generale, e quindi rientrante nell'antico "gubernaculum") e il giudice (unitamente alla giuria) costituisce l'arbitro (svolgendo una funzione di "iurisdictio") tra questa pretesa e il diritto di libertà sostenuto dalla difesa, in quelli europeo continentali scopo comune dell'accusatore e del giudice è quello di perseguire la verità (un compito in sé più affine al "gubernaculum" che alla "iurisdictio") sia pure da punti di vista diversi, e tenendo conto del punto di vista della difesa dell'imputato. Insomma il processo penale degli stati europeo continentali riprende i principi del processo "inquisitorio" sviluppatosi nel diritto canonico medievale in relazione soprattutto a quei crimini (eresia, malfatti, ecc.) che mettevano in discussione in maniera diretta o indiretta la competenza ecclesiastica di cui abbiamo parlato sopra, mentre quello anglosassone segue il *modello "accusatorio"* (o "adversarial") nato nei processi feudali che si svolgevano tra i "pari" dell'imputato. Significativa è anche l'assenza di una giuria autonoma dal giudice (e spesso l'assenza *tout court*) che si ha nel processo penale europeo continentale. È vero che negli ordinamenti di quest'ultimo tipo si ha una separazione tra accusa ed giudice, più pronunciata in Germania, meno in Francia, e ancora meno nel nostro Paese, dove accusatori e giudici sono ricompresi nell'insieme della "magistratura". Ma per quanto questa separazione, che si esprime sia grazie alla dipendenza a livello di carriere dei funzionari-accusatori e dei funzionari-giudici da strutture diverse (separazione inesistente in Italia), sia con le regole della procedura penale, costituisca comunque una rilevante garanzia per l'imputato, rimane il fatto che agli occhi dei giuristi anglosassoni la contrapposizione europeo continentale tra accusatori e giudici è simile a quella che si aveva (sino al-

l'ultima riforma del diritto canonico) nelle cause di beatificazione tra il *promotore della fede* e l'*avvocato del diavolo*, i quali esprimevano sì dei punti di vista diversi, ma strutturalmente collaboravano a fare in modo che la beatificazione avvenisse in modo corretto, così come pubblici ministeri e giudici strutturalmente collaborano (anziché porsi su piani separati), a fare in modo che la legge penale sia applicata correttamente. In questo contesto l'accusatore o ha l'obbligo formale di esercitare l'azione penale (Italia, Germania) oppure la sua scelta se procedere o meno contro un determinato imputato (Francia, dove vige il principio di facoltatività formale dell'azione penale) è soggetta alle direttive dei rappresentanti eletti del potere politico: in entrambi i casi l'esercizio dell'azione penale è direttamente considerato attuazione della volontà popolare da parte di un funzionario - burocrate, e non una scelta da parte di un funzionario - professionista responsabile davanti agli organi eletti (quando non elettivo egli stesso) solo per quanto riguarda la sua complessiva gestione della attività accusatoria, come avviene negli ordinamenti anglosassoni.

Sarebbe, per concludere da noi impossibile introdurre il principio dell'*intangibilità del giudicato assolutorio*, proprio dei sistemi anglosassoni, in quanto l'impugnazione non è una prerogativa solo del condannato (*contra par. 108-110 Magistrates Court Act, 1980*). Il tentativo della c.d. legge Pecorella (n. 46/2006), in verità confusa e pur con molte eccezioni rispetto al principio dell'intangibilità del giudicato assolutorio, è stata cassata dalla Corte Costituzionale (n. 26/2007) anche per la considerazione che il P.M. "collabora" insieme al giudice, all'imputato e alle (eventuali) parti civili all'accertamento della verità processuale per l'interesse della collettività: concezioni opposte del processo penale anche per la confusione dei ruoli, particolarmente accentuata nel nostro Paese, tra Magistratura inquirente e giudicante. Così nella percezione collettiva e personale i pubblici ministeri si sentono "giudici" raramente sfiorati dal principio di presunzione di non colpevolezza. Significativo il commento di un famoso P.M. "se un mariuolo la scampa una volta".

7. Conseguenza nei modelli forti di strutturazione del potere pubblico (Francia, Germania) e di quelli deboli (Italia Spagna)

I principi dello stato democratico di tipo europeo continentale pur rimanendo all'interno dell'unico modello di cui costituiscono le varianti, [in forza delle tradizioni storiche e culturali (e in particolare di quelle religiose) che caratterizzano ciascuno di essi] si esprimono in maniera diversa in Francia (che costituisce un modello "forte" di strutturazione del potere pubblico), in Germania (altro modello "forte"), ed in Italia, che rappresenta invece un modello "debole", (per molti aspetti un compromesso tra il modello francese e quello tedesco). Quanto al sistema francese, si basa su un concetto di potere pubblico, cioè di sovranità democratica ("assoluta"), che si rivolge alla generalità dei cittadini astraendo dalle particolarità specifiche (economiche, sociale ecc.) dei diversi gruppi sociali. In questo sistema, che eredita le concezioni dell'assolutismo concentrato nel sovrano proprie dell'epoca di Luigi XIV, democratizzate attraverso la rivoluzione, la legge ha in genere un contenuto ben definito e universalmente valido, in quanto il potere legislativo, espressione della volontà politica popolare opera in prima persona le scelte relative a quali posizioni individuali vadano tutelate e quali no (diritti e obblighi dei singoli) livellando le diversità sociali economiche e territoriali presenti nel Paese. Il po-

tere esecutivo, posto sotto la direzione rigidamente gerarchica degli organi elettori responsabili politicamente, attua in maniera uniforme e centralizzata (si ricordi l'antica espressione che “*Chi governa Parigi governa la Francia*”) l'interesse generale, ammettendo le differenziazioni locali o sociali solo per aspetti marginali. Il potere giudiziario, comprensivo degli organi della pubblica accusa, attua quanto previsto dalla legge sotto il rigido controllo degli organi elettori governativi: solamente a garanzia dell'operato dei giudici (ma non dei pubblici ministeri) è prevista la competenza di un organo autonomo di gestione delle carriere (Consiglio superiore della magistratura). Il sistema francese opera quindi una netta censura tra le prescrizioni astratte e le applicazioni concrete del potere, affida le prime ai soggetti di nomina eletta (responsabili politicamente di fronte all'elettorato), e rimette le seconde ai funzionari - burocrati (amministrativi o giudiziari) sotto la direzione o sotto il controllo dei soggetti eletti politicamente. Il risultato è un sistema che garantisce una forte certezza del diritto e dell'operato dei soggetti pubblici (amministrativi e giudiziari) nei casi concreti, ma che essendo pur sempre basato sul concetto “assoluto” del potere pubblico, presenta una divisione dei poteri, quasi completamente subordinati alla guida politica dello stato, affidata ai rappresentati eletti (e in particolare nella “*Quinta repubblica*” al suo Presidente). In quest'ottica è difficile infatti che i funzionari amministrativi possano dare accoglimento ad interessi sociali diversi da quelli imposti dai politici, e parimenti è molto difficile che i pubblici ministeri e i giudici possano censurare l'azione dei titolari degli organi elettori, se non una volta che questi ultimi siano cessati dalla carica e sia subentrato un nuovo indirizzo politico in tal senso. Quanto ai rapporti tra giudici ed attività amministrativa, rientrano nella competenza dei giudici speciali, che fanno capo al *Conseil d'Etat*. Insomma un sistema dove la sovranità (sempre nell'ottica dell'antico gubernaculum) è concentrata nella rappresentanza politica democratica, che è in sostanza la titolare ultima e la sostanziale responsabile del funzionamento del sistema.

Diversa declinazione dei principi propri dello stato democratico europeo continentale si ha nel sistema tedesco, che si basa su un concetto di sovranità democratica rivolta ai cittadini visti non come una generalità, ma piuttosto come un insieme armonizzato (o da armonizzare) di soggetti diversi, portatori di interessi posti in rapporto dialettico tra loro e con l'insieme. A differenza infatti della legge francese, la legislazione tedesca, in ossequio alla tradizione nazionale e al modo in cui si era formato lo stato assoluto (tramite un accordo tra il sovrano e i singoli ceti), raramente ha un contenuto astratto e livellante rispetto alle diversità sociali. Grazie anche al fatto che la Germania costituisce da sempre uno stato federale (ovviamente in base a principi molto diversi da quelli propri degli Stati Uniti d'America), e che quindi la potestà di emanare le leggi è ripartita in un'ottica “collaborativa” tra stato centrale (*Bund*) e stati federati (*Lander*), la legislazione tedesca nel suo complesso ha in genere un contenuto particolare, che prende in considerazione tutte le possibili diversità sociali, tutelando in maniera differenziata le posizioni dei singoli a seconda della loro condizione economica, territoriale, culturale ecc. Mentre la legge francese opera delle scelte più o meno “trancianti” in nome della volontà generale, quella tedesca mira essenzialmente a rispecchiare la situazione sociale, operando in prima persona quei compromessi fra le diverse situazioni, che in quanto basate sul consenso di tutti i gruppi sociali interessati, sono ritenute espressione della volontà popolare. In quest'ottica che vede la potestà pubblica a un tempo come il motore e come l'e-

spressione dell'accordo sociale, il rapporto tra i diversi poteri si struttura tra diversi livelli di sovranità collegati unitariamente tra loro (e in questo anche il sistema tedesco è erede della concezione assoluta della sovranità), e finalizzati a realizzare armonicamente l'interesse generale. Il legislativo rappresenta il primo grado del potere, quello riferito all'universalità dei cittadini (in quanto la legge pur differenziata nel suo contenuto è valida per tutti); l'esecutivo agisce a livello dei gruppi sociali, svolgendo, secondo quanto previsto dalle leggi, insieme ad attività di interesse generale soprattutto attività di supporto ai diversi soggetti parapubblici (sindacati, patronati, enti locali ecc.) che nel sistema tedesco svolgono esercitano quelle funzioni affidate ad esempio in Francia all'amministrazione statale; il giudiziario (e quello della pubblica accusa) agiscono a livello dei singoli individui, nell'ottica ovviamente di armonizzare i loro diritti ed obblighi con la tutela delle posizioni dei gruppi sociali definite dalla legge. Si tratta di un sistema che vede sì il potere pubblico estremamente distribuito, ma che è reso coerente e certo nei suoi esiti, sia livello di applicazione del diritto che di esercizio delle potestà pubbliche, dalla sua struttura a gradi e dal fatto che i livelli applicativi della volontà generale (esecutivo e giudiziario) non hanno giuridicamente (ma prima ancora culturalmente) il compito di portare avanti o di tutelare istanze particolari (e quindi diritti o intessi individuali che su esse si bassero) diverse da quelle tutelate dalla legislazione, che ha già racchiuso in sé tutte le particolarità possibili: forse anche da qui deriva l'attitudine tedesca ad applicare la legge in maniera spesso maniacale anche nei suoi minimi dettagli. Sta di fatto che nel sistema tedesco la responsabilità dei politici si limita alla legislazione, mentre il collante culturale che abbiamo descritto fa in modo che i funzionari (anch'essi impiegati - burocrati) amministrativi e giudiziari (compresi i rappresentanti della pubblica accusa) non costituiscano un problema per l'ordinamento né per quanto riguarda un possibile loro contrasto con la volontà espressa dai soggetti “politici” elettori né per quanto concerne una eventuale tutela della autonomia del loro agire rispetto a questi ultimi: entrambe le cose sono infatti tendenzialmente escluse dal loro ruolo applicativo. Ne deriva l'importanza fondamentale dei suddetti enti parapubblici nel perseguitamento degli interessi generali, la distribuzione soprattutto presso i *Lander* e gli enti locali dei funzionari amministrativi; la suddivisione dei giudici in diverse strutture a seconda delle competenze (civili, penali, amministrative, del lavoro, tributarie ecc.) dipendenti da ministeri diversi, in parte a livello centrale e in parte a livello di stati locali; l'assenza di organi di autogoverno delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri. Un sistema quindi nel quale i tre poteri pubblici (concepiti nell'ottica della sovranità assoluta) e le relative responsabilità non sono direttamente e singolarmente subordinati al livello politico come accade in Francia, ma sono distribuiti lungo una scala a più livelli di attuazione, sul gradino più alto della quale sta pur sempre il potere politico, frutto della rappresentanza democratica ed espressione della sovranità popolare. Un sistema nel quale la sovranità si distribuisce su più livelli, ciascuno ritenuto “servente” rispetto a quello più elevato, il livello politico rappresentativo, posto a sua volta al servizio della volontà generale, che ha il compito di rappresentare.

8. Le applicazioni “deboli” in senso democratico dello Stato assoluto. La mancata unificazione del potere pubblico in Italia: la formulazione delle leggi generali e astratte come nel sistema francese, a livello applicativo più simile a quello tedesco nell'ottica di contrattazione continua dei rispettivi ambiti di competenza.

Sia il sistema francese sia quello tedesco, pur con le loro diversità, garantiscono comunque ai cittadini un bene fondamentale: la certezza del diritto e la tendenziale prevedibilità delle decisioni dei pubblici poteri. In questo senso possiamo dire che entrambi rappresentano due forme compiute di evoluzione in senso democratico dello stato assoluto formatosi nella prima età moderna: per questo motivo possiamo considerare entrambi i sistemi come delle forme "forti" dello stato democratico di tipo europeo continentale. Questa cosa non è invece vera se guardiamo all'ordinamento italiano, il quale risulta essere una applicazione "debole" e per molti versi incompiuta di questo tipo di stato, cui pure si ispira, come se il sistema del potere pubblico nel nostro Paese non fosse riuscito a trovare una propria identità peculiare e rimanesse a metà strada tra il modello tedesco e quello francese. O come se nel nostro ordinamento non si fosse del tutto realizzata quella unificazione del potere in capo allo stato avvenuta negli altri Paesi all'inizio dell'epoca moderna, e in profondità permanessero elementi della frantumazione medievale della sovranità tra diverse entità all'interno dello stato. Quest'ultima impressione risulta avvalorata dal fatto che nella realtà italiana il ruolo delle strutture feudali, ecclesiastiche e corporative interne ai diversi stati preunitari rimane un ruolo formalmente sovrano sino quasi all'epoca napoleonica (anche qui in sintonia con le concezioni religiose dominanti nel nostro Paese), di modo che in Italia prioritario (sia in senso storico che in senso strutturale) rispetto al problema della separazione dei poteri pubblici è stato ed è quello della unificazione del potere pubblico globalmente inteso: quando si afferma che in Italia "manca lo stato" si riconosce in sostanza l'importanza di un tale tipo di problema. Da questa situazione deriva anche il fatto che l'ordinamento italiano non si basa su principi propri, ma prende a prestito in parte quelli del modello francese e in parte quelli del modello tedesco. Dal primo, inizialmente importato dal Piemonte sabaudo e poi esteso a tutto il resto della Penisola con l'unificazione, l'ordinamento italiano ricava i principi relativi alla struttura dello stato (e quindi anche quelli relativi alla separazione dei poteri), quelli riguardanti le formulazione delle leggi, e in genere tutto ciò che nell'ambito del diritto e del potere pubblico è "generale" ed "astratto". Pertanto le leggi italiane sono in genere leggi che, come quelle francesi, prevedono situazioni universali e che contengono prescrizioni le quali non tengono conto delle particolarità sociali, economiche ecc., ma che mirano a mettere sulla carta, in maniera tanto più "pura" quanto più astratta, gli ideali propri degli organi legislativi (e ciò vale in particolare per la Costituzione della Repubblica). L'influsso del modello tipico della Germania, anche grazie al forte ascendente che la dottrina giuridica tedesca ha esercitato su quella italiana, si ritrova invece a livello applicativo (particolare e concreto), sia amministrativo che giudiziario, livello applicativo nel quale vengono in rilievo tutte le particolarità, che invece nell'ordinamento tedesco sono risolti già in sede di elaborazione delle leggi. Da qui deriva una caratteristica strutturale fondamentale del nostro ordinamento: la differenza strutturale e quasi "ontologica" tra il diritto formale e quello applicato, tra il diritto "dei libri" e il diritto "vivente", che va ben oltre la fisiologica distanza tra teoria e prassi che caratterizza la realtà giuridica in tutti i Paesi del mondo, *quasi che l'unificazione storicamente ritardata della sovranità nel nostro Paese abbia per così dire preso atto della situazione esistente di potere ripartito tra sovrano e corpi tradizionali, inserendola nella nuova realtà dello stato moderno, ispirato*

alle concezioni proprie della monarchia europeo continentale e più tardi a quelle democratiche, senza però superarla del tutto, come invece avvenuto negli altri Paesi, e riproponendole per molti versi nella ripartizione del potere tra livello astratto e livello concreto. Ne è derivato un sistema che coniuga i principi propri del potere assoluto, e quindi il primato delle esigenze di "gubernaculum", nonché quelli della sovranità popolare basata sulla rappresentanza politica, con questa persistente frammentazione a due livelli del potere, livelli peraltro non coordinati in senso gerarchico tra loro in modo da formare un insieme unitario, (come avviene in Germania riguardo all'ambito di azione dei tre poteri statali), ma posti in un rapporto quasi di contrapposizione, e di *contrattazione continua dei rispettivi ambiti di competenza*, sia pure nell'ottica di un generico primato dell'aspetto generale ed astratto della sovranità, soprattutto in quanto considerato espressione della sovranità popolare. Tutta questa situazione è sorretta formalmente, come si è accennato, dal carattere inapplicabile delle leggi italiane, le quali, o perché contengono termini troppo vaghi e indeterminati, o perché viceversa prevedono adempimenti tanto dettagliati da risultare inattuabili, o ancora perché contengono solo delle procedure attraverso le quali giungere al riconoscimento di un diritto o all'imposizione di un obbligo (*leggi procedimento*) senza prevedere alcunché in merito al contenuto del diritto o dell'obbligo, finiscono nella stragrande maggioranza dei casi per richiedere un'ulteriore decisione per così dire "creativa" e quindi discrezionale (anche se non arbitraria) a livello applicativo, cioè a livello di potere esecutivo e/o giudiziario. Si pensi in particolare alla legislazione civile e penale in tema di rapporti di lavoro dipendente, a quella in tema di urbanistica, alla normativa fiscale, ma anche ad esempio alle norme penali che prevedono i reati contro la pubblica amministrazione, ecc.. In un certo senso è come se ancora oggi il sovrano, identificato con la volontà generale espressa dei rappresentanti eletti dal popolo, condividesse il potere di esercitare il potere pubblico con altri soggetti all'interno dello stato, costituiti dai funzionari pubblici (che anche nel nostro sistema sono rappresentati da burocrati) amministrativi e giudiziari, soggetti preposti alla tutela di quegli interessi particolari, di cui sono portatrici le moderne corporazioni (eredi di quelle proprie degli stati preunitari e ancora prima di quelle comunali) e che legge generale di per sé tutela né sacrifica. Se si tiene conto che lo stesso carattere generico, e finalizzato a consentire risultati concreti molto diversi hanno in genere le direttive politiche relative all'interesse generale emanate dai vertici del potere esecutivo, dato che in tal senso non è cambiato molto passando dai governi di coalizione della "prima repubblica" alle coalizioni di governo della seconda (e del resto anche il regime dittatoriale fascista coltivava in sé anime politiche molto differenziate se non opposte tra loro), ne deriva che la regola dell'esercizio effettivo del potere pubblico in Italia è a tutti gli effetti la "casuistica", cioè l'applicazione concreta sempre nuovamente adattata caso per caso, delle identiche norme astratte. Casuistica che ha peraltro come noto, radici profonde nella cultura sociale e religiosa del nostro Paese, dato che fu il metodo attraverso cui la Chiesa cattolica della controriforma, in particolare grazie all'opera dei gesuiti, riuscì a mantenere unite realtà sociali e spirituali molto differenziate, grazie a norme e concetti aventi validità generale, ma solo in quanto consentivano applicazioni particolari molto difformi. L'unificazione (ritardata) della sovranità statale avvenuta anche in Italia in base alla concezione "assoluta" tipica dei

Paesi europei continentali, assegna peraltro al potere pubblico il compito di individuare e di perseguire anche autoritativamente l'interesse sociale, e gli conferisce la potestà di definire i diritti e gli obblighi facenti capo ai singoli individui, e questo vale ad entrambi i livelli di esercizio del potere, sia generale ed astratto sia particolare e concreto, per cui in un certo senso è come se nell'ordinamento italiano fossero presenti due momenti della sovranità, entrambi "assoluti" nel proprio ambito, la cui azione va a cumularsi nei confronti di tutti i cittadini, il momento normativo e quello applicativo. La democratizzazione e l'esaltazione della sovranità popolare vanno a toccare il primo momento in cui si esprime la sovranità, quello generale ed astratto e lo fanno secondo le modalità proprie del modello francese, il modello che fa riferimento a Rousseau, alla volontà generale, alla subordinazione di tutto il potere pubblico alla volontà democratica che si esprime prima nella Costituzione e poi nelle singole leggi, che rappresentano formalmente delle norme che "non guardano in faccia a nessuno" nella loro astratta perfezione e che sono legittimamente emanate dai rappresentati eletti della volontà popolare. Il secondo momento in cui si esprime la sovranità pubblica, affidato ai funzionari - burocrati, quello della applicazione casuistica, da parte del potere esecutivo o di quello giudiziario, delle norme astratte (che contengono termini vaghi, che sono eccessivamente dettagliate o che prevedono solo dei procedimenti), nonché quello della attuazione degli indirizzi politici governativi, viene molto meno toccato dagli influssi della volontà popolare. Mancando infatti una più o meno rigida predeterminazione, quale si ha, sia pure con modalità diverse, tanto in Francia quanto in Germania, del momento applicativo rispetto a quello normativo e a quello politico del potere (con la conseguente situazione di incertezza del diritto e dell'azione dei soggetti pubblici poteri), ne deriva che la sovranità a livello applicativo viene gestita "caso per caso" dai funzionari - burocrati competenti a svolgere le funzioni amministrative e giudiziarie, in base a quanto consentito dalla normativa. In tal modo le strutture politico - rappresentative non obbligano a priori i funzionari - burocrati a giungere a determinati risultati specifici in tema di definizione dei diritti e degli obblighi dei singoli, o di utilizzo dei poteri amministrativi a fini di interesse generale, ma piuttosto li autorizzano ad operare delle scelte concrete sempre diverse, sia pure nell'ambito di certi limiti, stabiliti o dalla legislazione o dagli indirizzi politici supremi. Questi limiti sono a loro volta variabili e dipendono dal contenuto della legislazione, e in genere sono direttamente proporzionali al grado di consenso politico e sociale che si esprime riguardo ad una disciplina di legge, nel senso che tanto minore è il consenso relativo al contenuto normativo o politico, tanto maggiore sarà la quota di potere pubblico che il livello politico - rappresentativo "scaricherà" a livello applicativo (amministrativo o giudiziario), cioè tanto maggiore sarà la "discrezionalità" attribuita a questi ultimi nella loro attività di esercizio del potere pubblico.

In questo senso le leggi possono essere più o meno di contenuto vago, possono contenere delle prescrizioni più o meno applicabili in concreto, possono prevedere dei procedimenti più o meno ricchi anche di contenuto e non solo di forme procedurali, fino al caso estremo (ma non infrequente) che la legge stessa disciplina già di per sé i casi concreti individuali (cosiddette *leggi provvedimento*). La variabilità si ha parimenti nelle direttive degli organi politici a livello supremo, che necessitano di essere tradotte, tenendo conto dei più vari interessi particolari che i funzionari - burocrati sono

tenuti a prendere in considerazione nei casi specifici (3).

9. La separazione dei poteri a geometria variabile. Il governo dei giudici negli USA e il c.d. "ruolo di supplenza" della Magistratura italiana: l'oggettiva politicità del giudice italiano.

Poiché caratteristica fondamentale del sistema italiano è questa distribuzione del potere pubblico in misura variabile tra i due momenti (quello generale - astratto e quello particolare - concreto), solo sulla base e alla luce di questa ripartizione, di questa condivisione della sovranità tra i due momenti si può comprendere appieno, la separazione dei tre poteri pubblici, che l'ordinamento italiano riprende dai concetti di Montesquieu, secondo l'impostazione "assoluta" propria degli stati europei continentali. In quest'ottica possiamo dire che al potere legislativo spetta di definire, tramite le leggi, quali poteri e quanta discrezionalità nel loro esercizio attribuire agli organi applicativi, sia in ordine al perseguimento degli interessi generali (potere esecutivo) sia riguardo alla definizione dei diritti e degli obblighi dei singoli. Quanto al potere esecutivo, ad esso spetta di scegliere discrezionalmente (e il concetto di discrezionalità come regola principale dell'azione delle pubbliche amministrazione sta alla base del diritto amministrativo italiano), al di qua dei paletti fissati dalla legge e dalle direttive politiche supreme, quali interessi in concreto perseguire. Il potere giudiziario dal canto suo ha il compito di applicare discrezionalmente caso per caso (anche se riguardo a ciò il concetto di discrezionalità non viene formalmente usato, dato che sfuma in quello della variabilità delle interpretazioni giuridiche) le norme di legge, individuando in concreto i diritti e gli obblighi dei singoli, anch'esso al di qua dei limiti, più o meno elastici, previsti dalle leggi. In quest'ottica la ripartizione dei poteri, che nella sua impostazione generale ed astratta si ispira al modello francese, nel suo momento particolare e concreto si avvicina al modello tedesco (e significativamente la formazione dei giuristi italiani riprende da sempre i concetti propri degli studiosi tedeschi), modello nel quale la legislazione detta le regole universali, l'amministrazione persegue gli interessi pubblici a livello dei gruppi sociali, e il giudiziario interviene a livello di definizione delle posizioni dei singoli. Con una importante differenza: mentre quello tedesco è un sistema unitario e coerente che lascia ben poco spazio alla discrezionalità applicativa a livello amministrativo e giudiziario, quello italiano si basa in sostanza su una attribuzione variabile di potere discrezionale al momento applicativo, all'interno del quale il potere esecutivo individua discrezionalmente l'interesse pubblico non di rado sacrificando unilateralmente e con efficacia "esecutoria" (secondo i principi dello stato "a diritto amministrativo") le posizioni dei singoli, mentre il potere giudiziario definisce di fatto discrezionalmente (interpretando in maniera variabile le norme giuridiche) i diritti e gli obblighi, ed opera nei confronti dell'attività amministrativa una sorta di revisione discrezionale (a livello di interpretazione della legge) della decisione discrezionale (a livello di scelte amministrative) di quest'ultima.

In questo senso il potere politico rappresentativo della volontà generale concede di volta in volta (tramite i singoli provvedimenti) un *quantum* di potere discrezionale al potere esecutivo ed un *quantum* al potere giudiziario, a fronte di una impostazione astratta di tipo francese che vede nell'esecutivo un potere che ha compiti solo attuativi dell'indirizzo politico e nel giudiziario un potere che ha compiti solo applicativi della legge (in quanto "bocca della legge"), la *separazione dei*

poteri nel nostro Paese si struttura come una sorta di delega di potestà pubbliche, variabile e nelle sue modalità, da parte del potere rappresentativo ai poteri applicativi. In questa delega variabile che in ipotesi può giungere anche a livello zero (nel caso delle leggi provvedimento o delle decisioni politiche relative a casi singoli), trova inoltre espressione nel nostro Paese il principio democratico, dato che sono pur sempre gli organi rappresentativi a concedere di volta in volta il potere discrezionale (redigendo delle leggi di problematica applicazione, o dettando degli indirizzi politici altrettanto problematici) ai funzionari - burocrati titolari degli altri poteri. All'interno dell'ambito di discrezionalità concesso agli organi applicativi (amministrativi e giudiziari) il criterio che comunque ne dirige l'azione (e che rende il loro potere un potere appunto discrezionale e non arbitrario) è rappresentato dalla non irragionevolezza, valutata in relazione alla "ratio" delle norme di legge, del loro agire. Tutto ciò si esprime ad esempio nella posizione giuridica delle pubbliche amministrazioni, il cui agire è disciplinato (come in tutti i Paesi europeo continentali) da un "diritto amministrativo", che consente di incidere unilateralmente con atti amministrativi "esecutori" sulle posizioni giuridiche dei singoli, le quali non sono nemmeno chiamate "diritti", ma (situazione questa tipica del nostro ordinamento) "interessi legittimi". Pubbliche amministrazioni il cui operato è soggetto solo in minima parte al controllo dei giudici ordinari, mentre è sottoposto per gli aspetti più rilevanti alla "revisione" dei giudici amministrativi (TAR e Consiglio di Stato) che consiste appunto in un controllo di ragionevolezza sulle scelte discrezionali effettuate. La stessa concezione della separazione dei poteri si ritrova se si prende in esame la posizione del potere giudiziario, il quale, come da tradizione europeo continentale, comprende anche la pubblica accusa, posizione che si ricollega (nonostante le affermazioni di principio delle legislazioni in materia) sui principi del processo inquisitorio con obbligatorietà dell'azione penale. Da un lato infatti, i relativi funzionari-burocrati, giudici o pubblici ministeri, sono unitarimente inseriti nella "Magistratura", strutturata organizzativamente in Italia alle dipendenze di un organo di autogoverno, il Consiglio superiore della magistratura, che gestisce le carriere sia di giudici che di pubblici ministeri, carriere peraltro "aperte", sia pure con limiti, ai passaggi dall'una all'altra. Dall'altro lato la loro azione si muove, seguendo i principi propri degli stati europeo continentali, nell'ambito stabilito dalle singole leggi e, per quanto detto in precedenza, consiste nell'esercizio di un potere ampiamente discrezionale di interpretazione e di applicazione delle leggi (vaghe, eccessivamente dettagliate ecc.), un potere soggetto anche qui ad un controllo di ragionevolezza, volto a verificare che il comportamento del funzionario nel caso concreto non sia totalmente arbitrario, ciò nell'ambito di un sistema che (come tutti quelli europeo continentali) non conosce l'istituto del precedente vincolante. Il fatto poi che tutti i funzionari applicativi (amministrativi e giudiziari) di fatto esercitino un potere che integra quello politico - rappresentativo in senso stretto, e lo integra soprattutto in relazione ai conflitti tra i diversi interessi concreti, conflitti che le norme astratte non risolvono, determina quasi strutturalmente una penetrazione delle esigenze "politiche" tra i funzionari, che si risolve anche in una politicizzazione personale.

Il quadro che ne risulta è quello di una separazione dei poteri che, come in tutti gli stati europeo continentali, si pone innanzitutto come la ripartizione di un potere assoluto, che non trova limiti nei rispetto delle posizioni dei singoli, dato che anche il

giudizio di conformità rispetto delle norme costituzionali (vaghe e suscettibili di applicazioni molto differenziate) viene visto dalla Corte costituzionale soprattutto come un controllo di ragionevolezza dell'esercizio del potere pubblico (essenzialmente legislativo). Inoltre, tale separazione viene posta, come negli altri stati continentali, sotto la dipendenza del principio democratico e rappresentativo della sovranità popolare. Carattere particolare e tipico del sistema italiano è però il fatto che il contenuto e il ruolo di ciascuno dei tre poteri non sia fissato una volta per tutte, ma venga invece definito in maniera discrezionale caso per caso. Ciò attraverso un rapporto dialettico tra i diversi poteri, che riguarda il quantum di discrezionalità, il quantum di sovranità concesso a ciascuno, riguarda cioè quanto la legge consenta di essere interpretata (rapporto legislativo - giudiziario), quanto la legge e l'indirizzo politico generale condizionino le singole scelte amministrative (rapporto legislativo - esecutivo), e quanto l'azione delle amministrazioni pubbliche e quella dei pubblici amministratori possa essere sindacata con l'azione giudiziaria, rispettivamente giudizio amministrativo e quello penale (rapporto tra potere esecutivo e giudiziario, o tra potere politico e giudiziario).

Una separazione dei poteri dunque di tipo assoluto, legittimata democraticamente ma a geometria variabile. È in quest'ottica che, si può comprendere appieno (e al di là ovviamente del merito dei casi concreti) la portata delle istanze sostenute da molti riguardo all'indipendenza e all'autonomia del potere giudiziario rispetto al potere politico rappresentativo, istanze che vengono spesso giustificate con il riferimento, sicuramente per molti versi fuorviante, o alla separazione di poteri di tipo francese in base alla quale il potere giudiziario è effettivamente un potere "neutro" di applicazione della legge, o talora persino con riferimento alla situazione americana, nell'ambito della quale addirittura il giudice ha il potere di definire il contenuto dei diritti e degli obblighi dei singoli (e quindi anche l'eventuale diritto dell'accusa a ottenere la punizione di un amministratore pubblico), in base ai principi del diritto comune ("common law") come integrato dalla legislazione, a sua volta valida solo se non in contrasto con questi ultimi. La situazione italiana infatti da un lato è diversa da quella americana (nell'ambito della quale si parlò polemicamente di un *governo dei giudici* in occasione dei contrasti tra potere politico e Corte suprema federale avvenuti all'epoca del presidente Roosevelt), dato che il ruolo del potere giudiziario in quel contesto è essenzialmente quello di verificare alla luce del common law e in base ai precedenti vincolanti, che la sovranità, legittimata democraticamente ma pur sempre limitata, non vada ad intaccare i diritti individuali, un ruolo nettamente, distinto (potremmo dire "ontologicamente" distinto) da quello diretto a perseguire gli interessi generali propri della politica, dato che esso rientra nell'ottica dell'antica "*iurisdictio*", mentre quest'ultimo rientra in quella dell'antico "*gubernaculum*", di modo che la separazione tra i due deriva già dal fatto che entrambi si collocano da punti di vista diversi e perseguono fini differenti, e che caso mai richiedono un coordinamento in modo da impedire che nessuno dei due travalichi i propri limiti. Nel nostro Paese invece il potere giudiziario, che integra in sé anche quello della pubblica accusa, persegue compiti analoghi a quelli del potere politico, contribuisce cioè, attuando (discrezionalmente) a livello concreto le prescrizioni legislative astratte, alla manifestazione effettiva della sovranità popolare, in un'ottica che, come si è cercato di chiarire, finisce per assorbire gli stessi diritti ed obblighi individuali nell'ambito dell'interesse generale (cioè finisce per assorbire la "*iurisdictio*" nel "*gubernaculum*"), ciò sulla base del principio della sovranità po-

polare intesa in senso assoluto, che costituisce il fondamento ad un tempo di tutti i poteri pubblici e dei diritti ed obblighi individuali. Peraltro in quest'ottica applicativa della legge, il potere giudiziario italiano non si pone come un potere “neutro” alla francese, il cui ruolo consiste semplicemente nel tradurre in concreto in maniera tendenzialmente uguale e prevedibile le disposizioni di legge, e la cui professionalità nello svolgere tale compito è lasciata alla valutazione degli organi politici. Rivendicare l'indipendenza del giudiziario (o, come forse è più corretto dire, della “magistratura”, comprendente anche i funzionari dell'accusa) nel nostro Paese significa in sostanza (e spesso al di là delle intenzioni) inserirsi nella questione del “quantum” di potere pubblico (potere attuativo della volontà generale e quindi ontologicamente “politico”), riguardo a certe tematiche e a certe situazioni, il potere rappresentativo abbia delegato alla magistratura a livello applicativo, e soprattutto nella questione relativa ai criteri di ragionevolezza da osservarsi nella gestione inevitabilmente discrezionale e sempre “casistica” di questo potere da parte dei magistrati, *e in questo senso la storia italiana ha conosciuto molti casi di intervento, ed altrettanti casi di non intervento, del potere giudiziario nei confronti dei rappresentanti politici (si pensi all'inerzia della magistratura nella prima Repubblica e all'attivismo nella seconda Repubblica).* In questo senso è fuorviante parlare di ruolo di supplenza della Magistratura italiana giacché è lo stesso legislatore che delega il magistrato in sede applicativa a risolvere le controversie ambigue che a monte della legge non ha saputo o voluto oggettivamente indicare l'interesse pubblico da perseguiere (si pensi a materie scottanti come i licenziamenti dei lavoratori o delle locazioni).

In conclusione possiamo dire che questa situazione tutta particolare del sistema italiano, se da un lato è servita ad attenuare l'impatto concreto, particolare e quotidiano, delle degenerazioni dittatoriali avutesi nel nostro Paese, di modo che il fascismo non ebbe nei confronti dei cittadini italiani gli effetti devastanti che ebbe in Germania il nazismo, dato che il livello applicativo di gestione del potere finì comunque per stemperare la violenza e l'ideologia di quello politico (del fascismo è nota la definizione *un duro sistema totalitario temperato dalla generale disapplicazione delle leggi*), è altrettanto vero che sia l'esigenza di certezza del diritto e di prevedibilità dell'azione dei poteri pubblici, sia la possibilità di operare riforme strutturali del sistema si infrangono quasi sempre nel fatto che il carattere generale ed astratto delle norme viene inevitabilmente applicato a livello amministrativo e giudiziario in maniera casistica, vanificandone la portata universale. Questo è fra l'altro uno dei motivi per cui ogni riforma della ripartizione dei compiti amministrativi e legislativi tra stato centrale ed autonomie locali (impropriamente detta “federale”) finisce sempre per riprodurre, indicando magari obiettivi astratti e inapplicabili di autonomia locale, o subordinando il rapporto tra stato centrale ed enti locali a un'altrettanto ideale “leale collaborazione”, la distinzione tra momento astratto e momento applicativo dell'esercizio del potere, e quindi finisce per rimettere all'applicazione casistica (amministrativa e giudiziaria) la determinazione del quantum di autonomia effettivamente spettante ai suddetti enti locali.

10. Ruolo delle organizzazioni internazionali: il fallimento di un'estensione generalizzata dei principi liberali e del metodo democratico.

Come abbiamo visto, all'inizio dell'età moderna vengono meno i due poteri paneuropei che avevano caratterizzato il basso medioevo, papato e impero, di modo che i singoli

stati si pongono in relazione l'uno con l'altro senza un'autorità che sia superiore e comune ad essi: in questo senso il monarca moderno è un soggetto *superiorem non regnoscens*, ed reciproci rapporti tra gli stati vengono definiti da trattati internazionali o da conflitti bellici. Abbiamo anche visto come il potere estero dello stato (rientrante nel gubernaculum) sia tenuto in particolare evidenza nella tripartizione dei poteri pubblici sia da Locke che da Montesquieu. Terminata l'epoca delle guerre di religione, dalla seconda metà XVII secolo si afferma a livello di principio fondamentale dei rapporti internazionali tra gli stati europei (Gran Bretagna compresa) quello della correttezza formale, che si applica anche ai rapporti bellici, e che ha trovato una compiuta descrizione teorica nel pensiero di C. Schmitt (1888 - 1985). Secondo questo principio le regole internazionali basate su principi formali condivisi (competenza a rappresentare lo stato, carattere vincolante delle sottoscrizioni dei trattati ecc.) sono idonei, pur in assenza di una comunanza più o meno ampia di valori politici e giuridici, a disciplinare i rapporti tra i diversi stati. Di conseguenza i trattati internazionali, in quanto formalmente adottati dai singoli stati in attuazione della propria sovranità estera, possono condizionarne la sovranità interna (il che avveniva soprattutto dopo una sconfitta bellica), e pertanto possono comportare, sia pur indirettamente, conseguenze anche a carico dei singoli cittadini. Una diversa concezione si afferma nel continente americano, che non ritiene delle devastanti guerre di religione europee. In tale contesto i rapporti internazionali per essere giuridicamente efficaci nei confronti dei cittadini dei singoli stati, devono basarsi non tanto e non solo sulla correttezza formale della loro stipulazione e quindi sulla appartenenza ai singoli governi del potere in materia di politica estera, quanto sul fatto che i diversi stati condividano determinati valori politici e giuridici. Pertanto, in base a tale concezione, i rapporti internazionali, per essere vincolanti all'interno dei singoli stati contraenti, debbono essere, non solo formalmente corretti (nel senso precisato), ma anche sostanzialmente “giusti”, cioè basati sulla condivisione a livello internazionale di principi comuni relativi al rispetto dei diritti dei cittadini e del metodo democratico. In tal senso il proclama del Presidente U.S.A. J. Monroe (1758 - 1831) “*l'America agli americani*” prima di avere un valore politico aveva un valore giuridico, nel senso che era mirato a delimitare uno spazio geografico (quello del Nuovo mondo) nell'ambito del quale i rapporti internazionali dovevano essere sottratti ai principi di correttezza solo formale propri delle potenze europee e basarsi invece sulla condivisione da parte dei singoli Paesi di determinati contenuti giuridici a livello di democrazia e di tutela delle libertà individuali.

Queste due differenti tradizioni le ritroviamo ancora salde nel loro ambiente di origine nel momento in cui, dopo le tragedie delle due guerre mondiali e dopo la fine della dura contrapposizione non guerreggiata (guerra fredda) tra mondo occidentale e comunismo sovietico, l'espansione dell'economia e lo sviluppo delle nuove tecnologie espande in misura mai sperimentata prima nella storia i rapporti economici e sociali a livello planetario, portando alla cosiddetta “globalizzazione, e mettendo per molti aspetti in crisi il ruolo degli stati territoriali tradizionali. In questo contesto diventano protagonisti della scena i rapporti internazionali e un ruolo di importanza sempre crescente (ignoto nei secoli che vanno dal XVI al XIX) vengono a svolgere le organizzazioni internazionali. Ai principi americani della condivisione dei valori si ispira l'O.N.U., il cui compito principale è quello di evi-

tare conflitti bellici e quello di utilizzare eventualmente la forza per prevenirli e sedarli, e la cui debolezza (che secondo molti ha determinato il suo fallimento) deriva dal fatto che i valori comuni ai diversi stati mondiali sono quasi inconsistenti. Se l'aspirazione americana di dare vita a valori liberali e democratici riconosciuti in tutto il mondo sembra infrangersi contro la dura realtà del fatto che (e ciò ci riporta alla parte meno famosa del pensiero di Montesquieu) per le ragioni più varie molti popoli non sono attualmente disposti (anche se non è detto che non lo siano in futuro) a fare propri i valori liberali e democratici occidentali, rimane comunque salvo nell'ottica americana il principio che la tutela dei diritti individuali e il rispetto delle regole democratiche interne prevalgono sugli accordi internazionali tra stati, i quali non solo non vi possono derogare, ma in tanto sono validi in quanto vi si uniformano. In base a questa concezione pertanto, i rapporti internazionali che coinvolgono gli U.S.A. tendono a svilupparsi soprattutto attraverso una serie di rapporti bilaterali o multilaterali con uno o più stati esteri, finalizzati a mettere per iscritto e a garantire il rispetto condiviso di principi giuridici comuni, consentendo ai cittadini e alle imprese (le "multinazionali", sovente criminalizzate) degli stati di operare in un quadro di regole condivise tra il Paese di origine e quello ove si svolge l'attività personale o imprenditoriale.

Maggior successo ha avuto in questi ultimi decenni (anche se le sue conseguenze non sono sempre da considerarsi in maniera positiva) la concezione europea della correttezza formale come base dei rapporti internazionali. Nel momento in cui le esigenze della globalizzazione hanno consigliato agli stati europei di unire in maniera più stretta di quanto previsto dal precedente *mercato unico* nato negli anni '50, le rispettive economie e le rispettive società, anziché competere con nuovi e vecchi protagonisti dell'economia mondiale, il principio della correttezza formale ha consentito l'elaborazione di una serie di trattati (a partire da quello di Maastricht del 1992) grazie ai quali è stata istituita l'Unione europea quale la conosciamo. Tali trattati sono vincolanti per i singoli stati e producono effetti direttamente a carico dei cittadini, senza presupporre e senza richiedere necessariamente la condivisione di principi e valori giuridici comuni, condivisione peraltro molto difficile da riscontrarsi pur nell'ambito di un quadro liberale e democratico condiviso, viste le differenze esistenti negli ordinamenti in ordine alla tutela delle posizioni individuali e al perseguimento degli obiettivi di interesse generale. In tal modo, in base al principio della correttezza formale, che non incontra quindi alcun vincolo di contenuto, i singoli stati hanno trasferito agli organi dell'Unione europea una serie rilevante di poteri per quanto riguarda le tematiche economiche e sociali nonché, per quanto concerne i Paesi dell'area Euro, anche quasi totalmente la sovranità in fatto di politica monetaria. Questi poteri, basandosi sulla sostituzione della sovranità dell'Unione europea a quella dei singoli stati, sono ovviamente idonei ad incidere (eventualmente sacrificandole più o meno totalmente) sulle posizioni dei singoli, secondo i principi propri dello stato democratico assoluto, alla cui eredità si rifanno i principali Paesi protagonisti dell'Unione, con l'eccezione della Gran Bretagna, erede della concezione del potere limitato, la quale ha via via posto dei limiti in ordine agli effetti dei successivi trattati europei in ordine alla tutela dei diritti individuali dei propri cittadini. Ne è derivata una struttura giuridica e politica, l'Unione europea che, se (con un certa dose di idealismo, se non di ideologia) aspira a porsi in futuro come uno stato fe-

derale, costituisce un'organizzazione transnazionale, con competenze limitate da un lato ai settori economico e monetario, nonché di riflesso a molte tematiche sociali e assistenziali, ma estese dall'altro lato sino ai minimi dettagli delle singole materie con possibilità come detto di incidere pesantemente sulle posizioni dei singoli, nonché di definire con efficacia vincolante gli obiettivi di interesse generale europeo da perseguire da parte degli stati membri. Il primo dato che salta agli occhi nel considerare il modo con cui viene esercitato il potere pubblico a livello di Unione europea è un *indebolimento per certi versi sorprendente (e per altri preoccupante) del principio democratico*, che con tutti i suoi ricordati difetti, ha rappresentato il fondamento del potere pubblico in tutti gli stati contemporanei. A legittimare le decisioni europee non è infatti la sovranità popolare, che rimane per così dire collocata a livello dei singoli stati, ma la legittimità dell'Unione stessa a livello di diritto internazionale, il fatto che essa sia nata grazie al "corretto" impegno in tal senso da parte degli stati: insomma a legittimare ogni provvedimento europeo basta solo il fatto che esso sia europeo, che provenga cioè dagli organi legittimamente istituiti con i trattati, cioè con la "costituzione" europea contenuta nel trattato di Lisbona del 2011. Se a questo si aggiunge che come si è accennato il concetto di potere pubblico sottostante all'Unione è quello del potere assoluto che privilegia gli interessi generali (cioè il "gubernaculum") rispetto alle posizioni individuali (cioè rispetto alla "iurisdictio") ne deriva un'impostazione della sovranità che nelle sue diverse manifestazioni finisce per essere pesantemente arbitra dei diritti individuali, sia nel definirli in astratto sia nel tutelarli in concreto.

A questo proposito, volendo cercare di comprendere come la classica tripartizione dei poteri si attui a livello di Unione europea, dobbiamo innanzi tutto tenere presente la sua natura, di fatto rappresenta una sorta di grande "cartello" economico e sociale tra i diversi Paesi membri, i quali attraverso la partecipazione alla struttura europea cercano di garantirsi ciascuno uno spazio economico e politico proprio più ampio possibile all'interno del mondo globalizzato, sfruttando gli accordi e le "economie di scala" derivanti dalla suddetta partecipazione. Da questo deriva innanzi tutto che, dovendo l'Unione tenere conto non solo della varietà degli interessi economici e sociali presenti in essa, ma anche e soprattutto delle particolarità (anche culturali) a livello nazionale, la normativa europea (iniziando dalla stessa "costituzione", composta da centinaia di articoli) assume un carattere contorto per non dire decisamente bizantino, disciplinando in alcuni casi aspetti di estremo dettaglio, e prevedendo in altri casi delle regole talmente astratte da risultare in sostanza indeterminate. Ne deriva un sistema che, se nella sua impostazione generale è debitore della tradizione tedesca, con il suo potere ripartito su più livelli (e l'antecedente storico più simile all'Unione europea può essere considerata la Confederazione tedesca, che per mezzo secolo, tra la caduta di Napoleone e l'unificazione sotto Bismarck, comprendeva stati e staterelli della Germania), nel suo funzionamento riprende alcune caratteristiche della tradizione italiana, dato che molte norme indeterminate rinviano di fatto al momento applicativo per trovare il loro contenuto effettivo. Questo però non sfocia, a differenza di quanto avviene nel nostro Paese, nella casistica, quanto piuttosto in una attribuzione univoca di potere alle strutture attuative competenti relativamente alla precisazione del contenuto effettivo delle norme. *Questa struttura a più livelli nella quale non si ha una vera e propria subordinazione gerarchica, determina un indebolimento anche del principio delle separazione dei poteri.* In tal modo il potere legislativo è attribuito in via primaria ai vari

Consigli europeo dei rappresentanti dei governi dei vari stati congiuntamente al Parlamento europeo (attraverso farraginose procedure di codecisione), ma spetta anche alla Commissione (organo esecutivo dell'Unione) e per certi versi anche alla Corte di giustizia (organo giudiziario) le cui pronunce, formalmente "interpretative" dei trattati, si estendono anche oltre il caso singolo e non sono vincolate dal principio del precedente. Allo stesso modo il potere esecutivo, relativo alle decisioni di interesse generale può essere espresso in un atto del suddetto Consiglio europeo nelle sue diverse composizioni (ad esempio quella comprendente i ministri economici), in un provvedimento della Commissione, o anche in una sentenza della Corte che ha potere di "revisione" sugli atti della Commissione stessa. Lo stesso potere giudiziario, teso a risolvere una o più controversie relative ai diritti ed obblighi di singoli soggetti, può esprimersi attraverso una o più norme *ad hoc* previste dal Consiglio europeo, o attraverso una serie di atti della Commissione (che spesso e volentieri prevedono eccezioni specifiche alle regole generali), oltre che ovviamente attraverso le sentenze della Corte di giustizia. Un sistema insomma che, nel momento in cui l'Unione ha assunto poteri più penetranti rispetto non solo agli stati membri ma anche rispetto ai loro cittadini, se da un lato ha adottato l'impostazione della sovranità di tipo europeo continentale (determinando come detto le riserve britanniche nella accettazione in pieno dei trattati), dall'altro non ha fatto interamente propri né il principio democratico né quello della separazione dei poteri. A ciò si unisce il fatto che, al là del ruolo svolto dai rappresentanti degli stati nel Consiglio europeo (nelle sue diverse composizioni) e di quello ancora formale dei soggetti eletti al Parlamento europeo, il potere pubblico spettante all'Unione è esercitato da funzionari-burocrati (si pensi al ruolo fondamentale svolto per quanto riguarda i Paesi dell'aero Euro dalla BCE in materia di politica monetaria), funzionari - burocrati che legittimano il proprio agire in nome di una competenza tecnocratica tendenzialmente sottratta ad ogni valutazione. Questa situazione non può non generare molti dubbi su tale modo di esercitare il potere pubblico, con riferimento sia alla tutela delle posizioni individuali dei singoli cittadini che alla democratica definizione degli obiettivi di interesse generale, sia a livello paneuropeo che dei singoli stati.

11. La legalità a formazione progressiva dell'art. 3, 2 comma Cost. ovvero la possibile negazione del principio della separazione dei poteri. Reati vaghi e teoremi necessitati: il "peculator" punito più del serial killer a seconda degli scopi pubblici.

In un sistema a legalità variabile, nel quale l'applicazione delle norme è casuistica anche i principi supremi dello stato liberale e democratico moderno, pure adottati dal nostro ordinamento, finiscono per rappresentare degli ideali astratti, a loro volta punti prospettici ai quali la realtà tende ad adeguarsi a seconda delle istanze corporative che entrano in gioco almeno nel contesto italiano. Il dettato costituzionale ad un tempo è il frutto e la causa del perdurare di questa concezione. Così l'art.3 Cost., che ha per contenuto un principio fondamentale, dello stato moderno, l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, incorpora, implicitamente, quello della separazione dei poteri. Infatti solo un sistema che impedisca al potere legislativo di disciplinare casi specifici, e dall'altro non consenta a quello esecutivo di agire in vista di fini particolari né al potere giudiziario di stabilire quali siano i diritti e i doveri dei singoli, può garantirla .Nel nostro ordinamento però la stessa formulazione (e ancora più la sua interpretazione in sede applicativa) dell'art.3

lascia indeterminata sia l'eguaglianza sia la separazione dei poteri. Se infatti in un'ottica liberale si può intendere il primo comma "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge...", come vincolo per le leggi di emanare norme generali ed astratte e divieto assoluto per il potere giudiziario di riconoscere diritti e di attribuire obblighi in maniera imprevedibile per il secondo comma ("È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana) rimaniamo ancora nel pensiero di Montesquieu se il potere esecutivo ha l'obbligo di raggiungere l'egualité des chances tra i cittadini, nell'assoluto rispetto dell'uguaglianza "formale" del primo comma. E sin qui nulla quaestio. Un'altra impostazione vede però nell'uguaglianza sostanziale da realizzarsi in base al secondo comma il fondamento ultimo del potere pubblico e dei diritti dei cittadini, sicché la parità di diritti e di doveri, sono da tutelare, "nella misura in cui", non vadano ad ostacolare il cammino verso l'eguaglianza sostanziale, essendo destinati in caso contrario ad essere sacrificati. In quest'ottica, vicina al concetto di "legalità rivoluzionaria" di Lenin, anche la separazione dei poteri viene meno, dato che collaborano in vista dell'unico scopo pubblico. Così il legislativo ha la funzione di individuare a grandi linee quali siano i poteri spettanti agli organi esecutivi e giudiziari riguardo ai settori della vita associata oltre che gli obiettivi e le modalità di azione degli altri due poteri; l'esecutivo ha il compito di realizzare gli scopi pubblici definiti in base alle leggi sacrificando o viceversa favorendo i diritti individuali a seconda del loro essere in armonia o in contrasto con i primi; il giudiziario definisce quali diritti siano compatibili e quali obblighi (ad esempio quali sanzioni penali) siano necessari all'attuazione degli scopi e dei valori indicati dalle leggi, magari con la possibilità di contestarli se ritenuti non conformi al secondo comma dell'art.3 in sede di giudizio di costituzionalità. L'unico possibile conflitto tra i poteri consiste nella divergenza rispetto agli obiettivi da raggiungere. La legge ordinaria non può che essere sempre più vicina al secondo comma dell'art.3 e problematica viene ad essere una battuta d'arresto di un governo conservatore. Anche qui con due orientamenti diversi. Per coloro che accettano la distinzione tra costituzione materiale e costituzionale e formale, nelle diverse fasi storiche, è possibile una divaricazione tra l'una e l'altra e tutt'al più si auspicano nuovi e più avanzati meccanismi partecipativi da contrapporre a quelli (deludenti) elettorali (4); per chi invece non accetta la distinzione, il secondo comma dell'art. 3 è di immediata precettività: si tratta solo di studiare le più adatte strategie per politiche progressive (5). La legalità non è mai un punto fermo e le leggi ordinarie sono legittime se attuano il principio di uguaglianza sostanziale che diventa un punto prospettico in continua evoluzione (può andare avanti ma non arretrare) e che in Italia (ma per la verità anche in tutta la UE) sta raggiungendo punte ridicole (6). Da Montesquieu a Lenin la distanza è siderale, ma in questo ambito di indeterminatezza si muove la nostra Costituzione, e questo spazio viene inevitabilmente riempito dall'azione delle corporazioni, le uniche strutture che rappresentano gli interessi dei soggetti nel nostro Paese. È infatti in base ai rapporti "dialettici" tra gli interessi e le posizioni portati avanti dalle corporazioni che in concreto si determina, se debba prevalere il principio di egualità formale o quello di egualità sostanziale, e soprattutto quali diritti siano compatibili con il primo e/o con il secondo. In questa situazione l'attività esecutiva e quella giudiziaria assumono carattere oggettivamente politico (fatto al quale si accompagna non di rado la politicizzazione soggettiva di funzionari ammi-

nistrativi e/o di frange minoritarie ma egemoniche nella magistratura(7)) e necessariamente si determinano gravi disparità nell'applicazione della legge, con violazione del principio di egualanza formale (anch'esso "borghese"). Ciò sia a livello di azione del potere esecutivo (ad es. le disparità tra i proprietari che può creare un piano regolatore) sia a livello del potere giudiziario, soprattutto penale: si pensi ad un reato "bagatellare" diffuso e di tanto in tanto punito, quale l'utilizzo temporaneo di un bene pubblico per fini privati, peculato d'uso, punibile, grazie alla libera valutazione delle aggravanti e delle attenuanti, da tre mesi a venti anni in modo più pesante dell'omicida serial killer. Così pure il principio della irretroattività della legge in concreto potrebbe impedire riforme radicali se si rispettassero le situazioni patrimoniali già consolidate. Per questo pur rappresentando un principio fondamentale dell'ordinamento non ha, come detto, copertura costituzionale se non nella materia penale ma in ragione dei reati vaghi è facilmente aggirabile. Viceversa gli abusi edilizi (a Napoli e non solo) sono tollerati da inflessibili magistrati; neppure si applicano i condoni che i notai glissano giustamente timorosi di "sanare" quartieri dove imperversa la camorra. Per finire si aggiunga che i 35 mila reati indeterminati nel nostro ordinamento sono in specie quelli contro la P.A. (quale è la differenza fra frode fiscale, elusione fiscale ed evasione fiscale?) necessariamente richiedono teoremi per l'irrogazione della pena in assenza di prove (la c.d. pistola fumante). Siamo quindi vicini a una rivoluzione dei giuristi e delle toghe? Certamente no: il sistema corporativo media le frange estreme (anch'esse corporative). Si produce un incredibile paradosso: il nostro paese è quello dove massimo è il regno della diseguaglianza. Resta il fatto che nei documenti della magistratura più politicizzata si parla di indipendenza del giudice ma non di separazione dei poteri.

Note:

- (1) Ci si consenta di rinviare a G. Cofrancesco- F. Borasi *L'ordinamento occulto* ora in *Il sistema corporativo* Torino, Giappichelli 2013 dove si analizzano i concetti di *gubernaculum* e di *iurisdictio*.
- (2) Data l'estrema notorietà degli autori citati si veda almeno: J. Locke *Il secondo trattato sul governo*, Milano RCS 2011; C. Montesquieu *Lo spirito delle leggi* Milano B.U.R. 2011; J.J. Rousseau Il contratto sociale prefazione di G. Belardelli Milano RCS 2011; G. Vico *La scienza nuova di Vico*, introduzione di P. Cristofolini Roma, N.I.S. 1995; A. Tocqueville *La democrazia in America* a cura di C. Vivanti Torino Einaudi 2006; C. Schmitt *Teologia politica* a cura di P. Schiera Bologna, Il mulino 1972. Lenin, *Stato e rivoluzione*, Roma, Editori Riuniti 1906.
- (3) Per esemplificare nella nostra legislazione l'interesse pubblico viene individuato quasi sempre in modo generico dalla legge e con-

corre con altri interessi pubblici secondari o con interessi privati che possono addirittura metterlo nel nulla. Così la normativa in tema di beni culturali e paesaggistici può essere se del caso azzerata da un qualunque provvedimento adottato in base alla Conferenza dei Servizi (legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 e successive modifiche e integrazioni) all'interno della quale i diversi interessi si ripresentano ulteriormente in concorso tra loro (in linea teorica nulla potrebbe escludere che, ad es. la piazza dei miracoli sia attraversata da una autostrada). Come si vede a differenza di quella francese la disciplina italiana non ha contenuto generale bensì vago al fine di individuare caso per caso l'interesse pubblico a valle del procedimento. D'altro canto, a differenza della legislazione tedesca, i casi particolari non sono previsti a monte della normativa ma sono decisi discrezionalmente dalle amministrazioni statali ma anche del sistema delle autonomie locali.

(4) Vedi Barile-Cheli-Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1998.

(5) Non a caso il più autorevole esponente di questo indirizzo è S. Rodotà, direttore della *Rivista Politica del diritto*.

(6) Così si propone genitore uno e genitore due. Tra poco sarà discriminante parlare di uomo e di donna salvo la possibile diatriba se attribuire il numero uno o due al genere femminile o maschile. Nei teatri stabili finanziati interamente con denaro pubblico è sorta la questione se sia possibile discriminare l'attrice bella da quella meno attraente per interpretare il ruolo niente di meno che... Cleopatra. Né vale obiettare che a Lenin (1870-1920) piacesse la bellissima figlia d'arte Inessa Armand (1874-1920) al posto della moglie Nadezhda Kostantinovna Krupskaja (1869-1939). Cfr Larisa Vassil'eva, *le donne del Cremlino*, Milano B.U.R 1997. Lenin, Montesquieu Tocqueville vanno *contestualizzati*. Forse gioverebbe una rilettura di Aristofene (450 a.c.- 358 a.c.) (*Ecclesiazuse*), Milano BUR, 1984, laddove il potere pubblico, in mano alle donne, decise che i giovani erano obbligati ad accoppiarsi con le vecchie. Purtroppo la lotteria genetica discrimina *l'ingiuria del tempo* e fa sì che anche i giovani diventino anziani. Ci sia consentito ironicamente concludere con l'abate Ferdinando Galiani (1728-1787), il Voltaire italiano, che critica il principio di egualanza "ci sono voluti seimila anni per affermare la diseguaglianza, ora si vorrebbe tornare alle barbarie dell'egualanza" (vedi *Sentenze e motti di spirito*, Roma, Salerno editrice 1991).

(7) Si vede da ultimo Polito, *Come premiare l'illegalità* in il Corriere della sera, 13/09/2013. Lo stesso valga per la distruzione dei beni culturali e paesaggistici in Sicilia, anche valori forti sono subordinati a scopi pubblici. Non si abbattono case abusive vicino a splendori dell'antichità per combattere la mafia (la magistratura non può essere ovunque): chissà che facendo piazza pulita intorno ai monumenti non si scopra qualcosa di più sulla mafia stessa.

Sezione di Diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, 22 luglio 2013 - Pres. Spirito - Rel. Giordano - V.C. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO - attività di impresa - determinazione - applicazione automatica delle risultanze del reddito personale accertato sinteticamente - legittimità - esclusione.

E' illegittimo l'accertamento che abbia desunto automaticamente il reddito di impresa di una contribuente dal suo reddito personale sinteticamente determinato, in quanto l'Ufficio, in tal modo, opera una commistione tra metodologie ricostruttive del reddito tra loro diverse (sintetico, per il reddito personale, ed induttivo, per il reddito di impresa), tanto più se il reddito di impresa è determinato senza considerare le giustificazioni addotte dal contribuente ai fini della ricostruzione sintetica del reddito personale sinteticamente e se il reddito personale determinato sinteticamente è utilizzato anche per determinare l'IRAP e l'IVA dovuta dalla contribuente per lo svolgimento della sua attività.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 21 marzo 2013 - Pres. Loffredo - Rel. Penna - R.H. (Dott. Larco) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO - atto di compravendita - valore di un immobile - rettifica - ubicazione - caratteristiche dell'unità immobiliare e dello stabile - servizi in godimento e stato di conservazione - valutazione - necessità.

La rettifica del valore di un immobile oggetto di compravendita non può essere fondata solo sul generico riferimento alla sua ubicazione dovendo esser presi in considerazione anche il tessuto urbano in cui è inserito, il piano di ubicazione ed i servizi strutturali in godimento, lo stato di conservazione dell'unità in questione e del fabbricato di cui fa parte, trattandosi questi di elementi che, singolarmente e nel loro insieme, sono rilevanti nell'iter sotteso al classamento ed alla determinazione del valore dell'unità immobiliare, e la cui mancanza determina la nullità dell'accertamento. Inoltre, il valore determinato dall'atto impugnato (come si legge in sentenza, "a tavolino") deve essere giustificato qualora si discosti dalle risultanze OMI (del tutto compatibili con il valore dichiarato dalle parti nell'atto) e qualora non sia stata compiuta alcuna perizia valutativa o sia stato effettuato alcun accesso in loco.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 3 gennaio 2013 - Pres. Loffredo - Rel. Simonazzi - L.F. (Dott. Valdata) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO - documenti richiamati ma non allegati - motivazione - carenza - illegittimità dell'accertamento - sussiste.

E' illegittimo l'accertamento fondato su di un documento richiamato ma non allegato all'atto impositivo (fattispecie in cui l'Ufficio contestava al contribuente la percezione di un maggior reddito di lavoro dipendente, superiore rispetto a quanto risultante dal modello 770; a tale conclusione l'Ufficio sarebbe pervenuto

sulla base di quanto sarebbe emerso da una "banca dati" extra-contabile rinvenuta dalla G.d.F. nel corso della verifica condotta presso il datore di lavoro del contribuente e solo richiamata dall'atto impositivo).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 21 marzo 2013 - Pres. Loffredo - Rel. Piu - F.A. (Avv. Travaglino) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO - sintetico - nucleo familiare - concorso alla produzione del reddito del contribuente - valutazione - necessità.

ACCERTAMENTO - sintetico - incongruità - due periodi di imposta - consecutività - necessità - esclusione.

Ai fini della ricostruzione sintetica del reddito di un contribuente occorre valutare anche la complessiva posizione reddituale dell'interno nucleo familiare in quanto la presunzione del concorso dei familiari alla produzione del reddito da parte del contribuente trova conforto nel vincolo che lega le predette persone.

L'art. 38 del d.p.r. 600/73 (nella formulazione ante 2010), nella parte in cui subordina l'esperimento dell'accertamento sintetico alla mancata congruità del reddito dichiarato "per due o più periodi di imposta", condiziona l'applicazione della metodologia sintetica alla sola esistenza di uno scostamento nella misura del 25% per almeno due annualità, anche indipendentemente dalla loro consecutività o dal fatto che siano anteriori a quello per il quale si effettua l'accertamento.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 14 marzo 2013 - Pres. Ghigliazza - Rel. Graziano.

ACCERTAMENTO - omessa dichiarazione - accertamento parziale - dichiarazioni dei sostituti di imposta - legittimità - sussiste.

Ai fini della validità di un accertamento parziale, nel caso in cui il contribuente non abbia presentato la dichiarazione dei redditi, è legittima la ricostruzione del reddito di lavoro dipendente e di lavoro autonomo operata dall'Ufficio attraverso l'esame delle dichiarazioni dei sostituti di imposta (mod. 770) che hanno elargito i proventi reddituali.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 14 marzo 2013 - Pres. e Rel. Ghigliazza - L.G. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO - L. n. 212/2000 - termine di sessanta giorni - violazione - motivazione - scadere termine di decadenza - nullità - sussistenza.

È nullo per violazione dell'art. 12, comma 7, della L. n. 212/2000, l'accertamento che sia stato emesso prima del decorrere del termine di sessanta giorni dal rilascio del P.V.C.: l'imminente scadere dei termini di decadenza e l'impossibilità di ottenere in tempo utile dagli istituti di credito interpellati i documenti richie-

sti a carico del contribuente verificato, non possono costituire ragione di particolare e motivata urgenza se l’Ufficio non dimostra di avere assunto idonee iniziative volte a sollecitare dagli istituti interpellati i documenti richiesti.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 1 marzo 2013 - Pres. Balba - Rel. Scanu - N.C. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO - metodologia sintetica - possesso di un cavallo - finalità - animale da equitazione o da gara - animale da passeggiata - distinzione - valutazione - necessità - contribuente - prova contraria - ammissione.

Ai fini della ricostruzione sintetica del reddito fondata sul possesso di cavalli, occorre tener presente che i coefficienti ministeriali si riferiscono alla sola tipologia dei cavalli “da equitazione” e dei cavalli “da corsa”, intendendo con tali dizioni cavalli aventi come destinazione l’attività sportiva, ossia un’attività che presuppone l’utilizzo di animali di razza pura, di notevole valore, costosi nel mantenimento, nel trasporto e nell’addestramento. Tuttavia, per contrastare la pretesa impositiva, il contribuente può dimostrare di aver posseduto una diversa tipologia di cavalli i quali siano stati impiegati esclusivamente per compiere “passeggiate”, ossia animali che non possono essere considerati di prezzo e che per la loro destinazione comportano modeste spese di acquisto e di mantenimento, essendo quindi inidonei a provare una sua presunta maggiore capacità contributiva.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 22 marzo 2013 - Pres. Ghiglazza - Rel. Mazzarino.

ACCERTAMENTO - perdite costanti - attività “antieconomica” - prova contraria - contribuente - incombenza.

E’ legittima la rideterminazione del reddito di impresa di una società nel caso in cui la sua attività per più anni consecutivi abbia costantemente generato perdite tali da evidenziare la conduzione di un’attività antieconomica nel caso in cui il contribuente non dimostri che gli investimenti, gli acquisti e le cessioni di materiali, i contratti di leasing posti in essere, erano tutti concretamente finalizzati ad ottenere un risanamento dell’attività aziendale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 7 marzo 2013 - Pres. e Rel. Ghiglazza - L.O. (Avv. Pallotta) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO - metodologia sintetica - possesso di un cavallo - finalità - animale da gara o da affezione - valutazione - costi di mantenimento - documentazione - onere probatorio - contribuente - incombenza.

Ai fini della ricostruzione del reddito con metodologia “sintetica”, la determinazione dei costi che derivano dal possesso di un cavallo non può essere effettuata in maniera standardizzata, dovendo essere valutata la finalità del possesso dell’animale (e cioè se trattasi di cavallo destinato ad attività sportiva ed agonista oppure “da affezione”) ed i costi effettivamente sostenuti per il suo mantenimento che siano debitamente dimostrati dal contribuente.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 23 gennaio 2013 - Pres. Cingano - Rel. Del Vigo - P.C. S.r.l. (Avv. Dominici) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO - antieconomicità - metodologia “analitico induttiva” - operazione commerciale - valutazione - nel suo complesso - necessità.

IMPOSTE sui redditi - costi - inerenza - correlazione - attività - produzione di utili - potenzialità.

La ritenuta antieconomicità di un comportamento imprenditoriale, che può legittimare un accertamento analitico induttivo ai sensi dell’art. 39. c. 1, lett. d), d.p.r. n. 600/73, deve essere valutata alla luce dell’operazione commerciale complessivamente considerata e non in relazione ad un suo singolo “segmento” (fattispecie nella quale la Commissione ha ritenuto infondato l’operato dell’Ufficio, che aveva rettificato il corrispettivo di una cessione di immobili da parte della società che li aveva costruiti ritenendolo antieconomico a fronte dei costi sostenuti per la loro realizzazione: la società ha dimostrato di essere subentrata in contratti già stipulati da terzi soggetti ai cui obblighi contrattuali era quindi tenuta e di aver sostenuto costi inferiori a quelli accertati dall’ufficio avendo permutato dai promissari acquirenti degli immobili i terreni sui quali edificarli).

Ai fini del giudizio di inerenza di un determinato costo, questo assume rilevanza ai fini della qualificazione della base imponibile, non tanto per la sua esplicita e diretta connessione ad una precisa componente di reddito, bensì in virtù della sua correlazione con un’attività potenzialmente idonea a produrre utili (conforme a Cass., sent. n. 12622/2012).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 4 marzo 2013 - Pres. Brusco - Rel. Marcenaro - P.A.S. S.r.l. (Avv. Pallotta) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO - ricostruzione induttiva del reddito - riparazioni impianti auto - tariffe medie - rinvio alle tariffe desumibili dal C.N.A. - principali città italiane - fattispecie - società - Comune di Busalla - presunzione - gravità, previsione e concordanza - natura - esclusione.

Non deve ritenersi fondato su presunzioni “gravi, precise e concordanti” l’accertamento induttivo con il quale l’Ufficio abbia recuperato maggiori ricavi nei confronti di una società, svolgente l’attività di riparazione di impianti auto nel Comune di Busalla, avendo fondato la rettifica sulle tariffe medie pubblicate dalla “C.N.A.” (Confederazione Nazionale dell’Artigianato e delle Piccola e Media Impresa) delle principali città italiane, in quanto le tariffe della manodopera applicabili nel Comune di Busalla sono senza dubbio inferiori a quelle applicate dalle officine delle medie e grandi città italiane.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 16 gennaio 2013 - Pres. Di Napoli - Rel. Giusti.

ICI - agevolazione prima casa - coniugi - separazione di fatto - residenza secondaria - beneficio - spettanza - condizioni.

Qualora a seguito della separazione di fatto uno dei coniugi richieda l’applicazione del “beneficio prima casa” in relazione all’abitazione in cui è andato a risiedere singolarmente, la concessione del beneficio è subordinata alla dimostrazione della separazione effettiva, continuativa e soprattutto attuale, non assumendo a tal fine rilevanza la dichiarazione che gli ex coniugi avevano reso ad un legale 23 anni prima dell’anno per cui è stata richiesta l’agevolazione fiscale nella quale avevano manifestato l’intenzione di separarsi.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 23 aprile 2013 - Pres. Cingano - Rel. Bruni - M.C. S.r.l. (Poggi) c. Agenzia delle Entrate.

IMPOSTE sui redditi - proventi derivanti dall'esercizio di attività di impresa - ritenuta - applicazione - esclusione - regime fiscale di cui alla L. n. 388/2000 - ritenuta - applicazione - esclusione - sanzione per omesso versamento delle ritenute - illegittimità.

Deve essere annullata la sanzione irrogata ad un contribuente per l'omesso versamento di ritenute su redditi di lavoro autonomo nel caso in cui le somme corrisposte ai percipienti abbiano dato luogo ad un reddito di impresa, rispetto al quale non sussiste alcun obbligo di effettuazione delle ritenute; analogamente, non sono assoggettabili a ritenuta i redditi percepiti dai soggetti che abbiano esercitato la propria attività avvalendosi del regime sostitutivo delle "nuove iniziative imprenditoriali" di cui alla L. n. 388/2000.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 21 marzo 2013 - Pres. Mignone - Rel. Penna.

IMPOSTE SUI REDDITI - schede carburanti - deducibilità - condizioni.

ACCERTAMENTO - contribuente - attività di consulente fiscale - non iscritto all'albo dei dottori commercialisti - entità dei compensi - valutazione - limiti.

Ai fini della deducibilità dei costi di acquisto del carburante, ai sensi dell'art. 4 del d.p.r. n. 444/97, prima della registrazione in contabilità della relativa scheda l'intestatario del mezzo di trasporto deve annotare sulla scheda stessa il numero di chilometri rilevabile alla fine del mese o del trimestre dal contachilometri del mezzo: in carenza di tale annotazione il costo del carburante relativo alla scheda è indeducibile.

Nel caso in cui un contribuente eserciti attività di tenuta della contabilità e consulenza fiscale non essendo iscritto all'albo dei dottori commercialisti, ai fini della ricostruzione del suo reddito l'Ufficio non può sindacare l'ammontare dei compensi praticati utilizzando come sicuro riferimento i tariffari professionali previsti dall'ordine dei commercialisti, in quanto il contribuente, non potendo fornire tutti quei servizi che sono riservati ai professionisti iscritti all'alto, del tutto legittimamente può aver applicato compensi inferiori a quelli risultanti dal tariffario, ed aver applicato compensi determinati in accordo con il cliente.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 2 luglio 2013 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo.

IVA - fattura - operazione di distribuzione di periodici - indicazione di un'aliquota superiore a quella spettante - diritto alla detrazione - sussiste solo nei limiti dell'imposta realmente dovuta - onere di diligenza per il cessionario - controllo dei dati indicati in fattura - sussistenza - diritto di ripetere dal cedente la maggiore IVA applicata in via di rivalsa - Giudice ordinario - sussistenza.

SANZIONI - indebita detrazione IVA - cessionario - irrogazione - orientamento giurisprudenziale - casi applicazione di applicazione di aliquota inferiore a quella dovuta - responsabilità del solo cedente - obiettiva incertezza sulla sanzionabilità dell'indebita detrazione effettuata dal cessionario - sussiste - sanzioni - non dovute.

Ai fini IVA, in base all'art. 19 d.p.r. n. 633/72, il diritto alla detrazione può essere esercitato solo nei limiti dell'imposta effettivamente dovuta. Pertanto, nel caso in cui un'operazione sia stata assoggettata ad un'IVA maggiore rispetto a quella realmente dovuta (nella specie, le operazioni a produzione e la distribuzione di periodici erano state assoggettate ad IVA con aliquota al 20% invece che al 4%) il cessionario / committente non può automaticamente portare in detrazione la maggiore IVA addebitatagli in via di rivalsa per il solo fatto della sua indicazione in fattura. Dagli artt. 19 e 21 del d.p.r. n. 633/72 si ricava infatti il dovere per il cessionario / committente di verificare la correttezza, anche sostanziale, dei dati indicati in fattura dal proprio cedente / prestatore, onerandolo quindi di un dovere di diligenza ai fini della determinazione dell'imposta corretta da portare in detrazione. Resta comunque salva per il cessionario la possibilità di agire nanti il giudice ordinario per ottenere la restituzione della maggiore rivalsa IVA corrisposta al proprio cedente.

L'esistenza di pronunce di legittimità favorevoli alla sola responsabilità del cedente per l'errata indicazione dell'IVA in fattura, seppure riferite ai diversi casi in cui era indicata un'aliquota inferiore a quella ordinaria dovuta, determinano il sorgere di interpretazioni contrastanti in relazione alla disposizione che sanziona l'indebita detrazione IVA, di modo che è possibile ritenere non dovute le sanzioni in applicazione dell'esimente dell'obiettiva incertezza normativa.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 14 marzo 2013 - Pres. Ghigliazza e Rel. Marcenaro - B.L. (Dott. Gotelli) c. Agenzia delle Entrate.

IMPOSTA DI REGISTRO - cessione di azienda - avviamento - metodo matematico - insufficienza - zona - canoni concessori - valutazione - necessità.

Ai fini della rettifica del valore di un'azienda oggetto di trasferimento, per valutare il suo avviamento l'Ufficio non può adoperare il solo metodo matematico in quanto deve essere tenuta in considerazione anche la complessiva realtà aziendale, tra cui, ad esempio, la zona in cui questa è ubicata (che può essere più o meno appetibile) e la eventuale presenza di gravosi oneri concessori dipendenti dal commercio di generi di Monopolio capaci come tali di influenzare il valore del bene ceduto.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 11 marzo 2013 - Pres. e Rel. Di Napoli - C.G. (Avv. Amoretti) c. Agenzia delle Entrate.

IMPOSTA DI REGISTRO - contratto di locazione - mancata percezione dei canoni - provvedimento di convallida di sfratto - imposta - debenza - esclusione

Con riguardo ad un contratto di locazione, non è dovuta l'imposta di registro limitatamente al periodo in cui il conduttore non ha pagato i relativi canoni se tale mancata corresponsione risulta accertata a seguito di un provvedimento di convallida di sfratto per morosità emesso dal Tribunale: la mancata percezione dei canoni locatizi determina infatti il venire meno anche del presupposto impositivo su cui si fonda l'imposta di registro ravvisabile negli effetti economici del contratto di locazione quale espressione della capacità contributiva del locatore.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 21 marzo 2013 - Pres. Loffredo e Rel. Piu.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - liquidazioni - omessi o ritardati pagamenti - motivazione - chiamo alle dichiarazioni presentate dal contribuente - sussistente - cartella di pagamento - legittimità

Nel caso in cui sia emessa una cartella di pagamento in conseguenza di liquidazioni derivanti da omessi o ritardati pagamenti, essa deve ritenersi sufficientemente motivata con il richiamo alla dichiarazione del contribuente alla quale le omissioni ed i ritardi afferiscono.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 7 marzo 2013 - Pres. e Rel. Ghigliazza.

PROCESSO TRIBUTARIO - mancato versamento contributi previdenziali - giurisdizione - giudice ordinario - sussistenza.

Sussiste la giurisdizione del Giudice Ordinario e non del Giudice Tributario in relazione alle controversie relative al mancato od insufficiente versamento dei contributi previdenziali.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 4 marzo 2013 - Pres. e Rel. Brusco.

PROCESSO TRIBUTARIO - riassunzione - art. 45, d.lgs. n. 546/92 - natura - perentoria.

PROCESSO TRIBUTARIO - remissione in termini - presupposti.

Il termine previsto dall'art. 45, c. 1, d.lgs. n. 546/92, per la riassunzione del processo tributario ha natura perentoria.

La remissione in termini prevista dall'art. 153, c. 2, c.p.c., presuppone, da un lato, la dimostrazione da parte dell'istante dell'esistenza di una causa di decadenza a lui non imputabile, ossia di una ipotesi nella quale la decadenza sia intervenuta senza che fosse ravvisabile una condotta colposa del richiedente (alla stregua del "caso fortuito" e della "forza maggiore"); dall'altro, che tale richiesta sia tempestivamente formulata.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 21 marzo 2013 - Pres. Loffredo e Rel. Penna.

PROCESSO TRIBUTARIO - ricorso cumulativo - accertamento - atto contestazione delle sanzioni - annualità differenti - ammissibilità - esclusione.

Dal principio dell'autonomia dell'obbligazione tributaria deriva l'autonomia della relativa impugnazione e quindi l'inammissibilità del ricorso con il quale si impugnino cumulativamente più atti di natura diversa e relativi ad annualità differenti (fattispecie nella quale sono stati impugnati molteplici avvisi di accertamento relativi ad Irpef, Iva ed Irap per gli anni dal 2005 al 2008, tra i quali anche un atto di contestazione delle sanzioni in relazione all'omessa comunicazione di inizio attività, ritenuto dalla

Commissione atto "sostanzialmente diverso dagli accertamenti con i quali si determina il reddito di impresa" ponendo "una questione non comune alle altre annualità").

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 21 febbraio 2013 - Pres. e Rel. Di Napoli - L.E. (Dott. Sorrentino) c. Agenzia delle Entrate.

SANZIONI - IVA - mancato versamento delle imposte accertate - termine 60 giorni notifica accertamento - sanzione amministrativa - irrogabilità - esclusione.

Il mancato versamento della maggiore IVA accertata con un atto impositivo, non può essere oggetto di sanzione amministrativa in quanto rientra tra le ipotesi di "tributi iscritti a ruolo" di cui al comma 2 dell'art. 13 d.lgs. n. 471/97, così come implicitamente confermato anche dall'art. 60, c. 2, d.p.r. n. 633/1972, che riconosce al mancato versamento dell'IVA nel termine di sessanta giorni dalla notifica dell'accertamento solo l'applicazione degli interessi e non anche delle sanzioni.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 14 marzo 2013 - Pres. Ghigliazza e Rel. Scanu.

SANZIONI - irregolarità commesse dal professionista - sanzione - irrogata al contribuente - sospensione ex L. n. 423/95 - condizioni.

Nel caso di irregolarità commesse dal professionista nella tenuta della contabilità del contribuente, la sospensione dell'irrogazione delle sanzioni in capo a quest'ultimo, come prevista dall'art. 1, c. 2, L. n. 423/95, è subordinata alla presentazione della denuncia penale, al pagamento delle imposte ancora dovute ed alla dimostrazione che il contribuente aveva fornito al professionista le provviste necessarie per provvedere al pagamento del tributo.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 7 marzo 2013 - Pres. e Rel. Ghigliazza.

TRIBUTI LOCALI - ICI - immobile - inagibile od inabitabile - agevolazione - Regolamento del Comune di Genova - applicazione - condizioni.

Ai fini dell'applicazione della riduzione del 50% del tributo dovuto per i fabbricati "inagibili" od "inabitabili", l'art. 15 del Regolamento Ici del Comune di Genova richiede che l'inagibilità od inabilità consistano in uno stato di degrado fisico sopravvenuto che non sia superabile con meri interventi di manutenzione e che lo stato dell'immobile sia dimostrato dal contribuente o mediante la presentazione di perizia eseguita da parte dell'ufficio tecnico comunale o mediante dichiarazione sostitutiva attestante l'esistenza del provvedimento di inagibilità o inabilità reso dall'Autorità competente.

Sezione di Diritto penale

Massime

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 aprile 2012 - Giudice Giacalone.

CIRCOSTANZE del reato - aggravante dei motivi futili o abietti.

(Art. 61 n. 1 c.p.)

CONTINUAZIONE - mancato riconoscimento tra furto e rapina.

(Art. 81 c.p.)

La circostanza, di cui all'art. 61 n. 1 c.p., presuppone che la spinta al reato sia determinata da un movente che conduce ad azioni profondamente immobili, ignobili, che suscitano ripugnanza in ogni persona di media moralità. Si considerano abietti le spinte al delitto che esprimono particolare depravazione o bassezza d'animo, oppure che appaiono spregevoli o vili.

Sebbene la vendetta non possa considerarsi di per sé sola un motivo abietto, acquista un significato spregevole qualora la spedizione punitiva sia messa in atto contro una persona che si era limitata a svolgere il proprio lavoro, specie qualora l'aggressione assuma un negativo segnale di intimidazione esprimendo una pericolosa forma di affermazione di solidarietà nei confronti di connazionali che delinquono volta a scoraggiare in futuro altre denunce.

(Fattispecie relativa a guardia giurata vittima di rapina e violenta aggressione da parte di due sudamericani motivati, oltre che dall'ingiusto profitto, dalla volontà di punire il vigilante che poco prima era intervenuto a bloccare e a denunciare loro amici che avevano appena perpetrato un furto).

Pur in presenza di due reati contro il patrimonio, non può ritenersi che gli stessi siano assimilabili nell'alveo di un originario ed unitario disegno criminoso, caratterizzato dal perseguitamento del fine di ingiusto profitto, laddove i fatti siano tra loro slegati sia con riferimento al dato temporale, sia con riguardo al movente posto che uno era caratterizzato dal motivo ritorsivo con intento punitivo.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 14 gennaio 2013 - Giudice Bolelli.

COMPETENZA territoriale - millantato credito - criterio generale - luogo di consumazione del reato - pagamento del compenso - accettazione della proposta di corrisponderlo - criterio sussidiario - stato di dubbio - ultimo luogo in cui è avvenuta una parte dell'azione o dell'omissione.

(Artt. 8 e 9 c.p.p., 346 c.p.)

Per determinare la competenza territoriale, occorre far riferimento in primo luogo al criterio generale previsto dal 1° comma dell'art. 8 c.p.p. e cioè al luogo di consumazione del reato. Per costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, il reato di millantato credito si consuma non solo con il pagamento del compenso, ma anche con l'accettazione della proposta di corrisponderlo.

In ogni caso, qualora residuasse qualche dubbio in merito al luogo di consumazione del reato, si può fare ricorso al criterio sussidiario

previsto dal primo comma dell'art. 9 c.p.p., che fa riferimento all'ultimo luogo in cui è avvenuta una parte dell'azione o dell'omissione.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 marzo 2013 - Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio - riciclaggio - condotta.

(art. 648 bis c.p.)

Con la riforma attuata dalla Legge 9 agosto 1993, n. 328, art. 4 il delitto di riciclaggio è a forma libera, grazie alla previsione di chiusura che alle condotte di sostituzione o trasferimento, ha aggiunto qualsiasi altra operazione atta ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene ed è quindi pacifico che possa trattarsi di operazioni anche meramente materiali sui beni, purché tali da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 gennaio 2013 - Giudice Cusatti

DELITTI contro la famiglia - maltrattamenti in famiglia - elemento materiale - elemento psicologico - rapporto di convivenza - connotazioni marcatamente vessatorie - sussistenza.

(Art. 572 c.p.)

CIRCOSTANZE del reato - attenuanti generiche - peculiarità personologiche dell'imputato - incensuratezza - obiettiva difficoltà di vita - riconoscimento.

(art. 62 bis c.p.)

COSTITUZIONE di parte civile - parametri di liquidazione del danno - concorso di colpa - atteggiamento omissivo e rassegnato della parte civile - sussistenza.

(Artt. 2056, 2059, 1223, 1226 e 1227 c.c.)

Deve ritenersi pacifica la sussistenza sia dell'elemento materiale che di quello psicologico del delitto di maltrattamenti in famiglia contestato al prevenuto, quando è provato, al di là di ogni ragionevole dubbio, che egli ha conferito al suo rapporto di convivenza con la persona offesa connotazioni marcatamente vessatorie, costringendola a subire per anni il proprio carattere irascibile, neghittoso e arrogante.

Al fine del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, possono essere prese in considerazione le peculiarità personologiche dell'imputato, tenuto conto, altresì, della sua incensuratezza e del contesto di obiettiva difficoltà di vita in cui è maturata la condotta delittuosa.

I parametri ai quali va ancorata la pronuncia risarcitoria sollecitata dalla parte civile sono quelli posti dagli artt. 2056, 2059, 1223, 1226 e 1227 c.c. Il rilievo da attribuire a tali parametri di liquidazione del danno va, nondimeno, temperato alla luce della

contestuale valutazione, a titolo di concorso di colpa, dell'atteggiamento omissivo e fin troppo rassegnato serbato dalla stessa parte civile durante la diurna convivenza con l'imputato (Nella specie, la persona offesa troppo sembra aver atteso prima di investire le Autorità delle proprie doglianze, con particolare riguardo a un'intollerabilità della vita familiare, che ormai aveva raggiunto livelli di parossismo non più sopportabili).

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 18 febbraio 2013 - Giudice Carpanini.

DELITTI contro la fede pubblica - falsificazione di valori di bollo - insussistenza.

(art. 459 c.p.)

La condotta di chi utilizzi valori bollati già annullati ed apposti su altre pratiche, previo distacco dal documento cui erano state applicate e cancellazione dei relativi annulli non configura il reato di cui all'art. 459 c.p., che sanziona la contraffazione o alterazione dei valori di bollo, ma è sanzionata solo in via amministrativa dall'art. 466 c.p..

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 22 marzo 2013 - Giudice Orsini.

DELITTI contro la fede pubblica - falsità del privato commessa in atto pubblico - elementi constitutivi.

(art. 483 c.p. e 76 D.P.R. 445/00)

Commette il delitto di cui all'art. 483 c.p. chi autocertifichi il falso in merito alla sussistenza di precedenti condanne. Sotto il profilo dell'elemento oggettivo, infatti, il delitto di cui all'art. 483 c.p., è reato di pura condotta e di pericolo, che punisce tutte le false dichiarazioni in atto pubblico. Per quanto concerne l'elemento soggettivo, l'art. 483 c.p. prevede un reato a dolo generico, che consiste nella coscienza e volontà di dichiarare una cosa contraria al vero. A nulla rileva che il soggetto dichiarante non abbia tratto alcun vantaggio dalla dichiarazione falsa, in quanto il motivo del falso è irrilevante.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 marzo 2013 - Giudice Petri.

DELITTI contro la persona - omicidio colposo - colpa medica - elemento soggettivo.

(art. 589 c.p.)

Sul piano della colpa, la condotta del soggetto agente deve essere affermata o esclusa sulla base delle evidenze disponibili al momento dell'azione (od omissione) del medico, vale a dire tenendo conto soltanto delle basi nomologiche note al momento del fatto.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 maggio 2013 - Giudice Cusatti

MISURE cautelari - giudice incompetente - mancata

declaratoria di incompetenza - trasmissione degli atti da un ufficio del P.M. ad un altro - incompetenza a conoscere del merito delle accuse - inapplicabilità.

(Artt. 27 e 54 c.p.p.)

COMPETENZA per territorio determinata dalla connessione - foro determinato in ragione del reato più grave - foro determinato in funzione della competenza funzionale - prevalenza.

(Artt. 16 e 51, c. 3bis, c.p.p.)

Nel caso in cui sia mancata una formale dichiarazione di incompetenza, è l'invocata inapplicabilità dell'art. 27 c.p.p. ai casi di trasmissione del fascicolo da un ufficio del P.M. ad un altro a rendere ragione della necessità di attenersi rigorosamente a quanto statuito in materia dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 262/1991: ed invero, se il P.M. è libero di adottare le proprie determinazioni a norma dell'art. 54 c.p.p., è altrettanto certo che da ciò non può discendere il trasferimento della competenza a conoscere del merito della accusa da un giudice all'altro, a meno di consentire a una delle parti del procedimento - ancorché di natura pubblica - di imporre all'altra le proprie determinazioni su un profilo processuale tutt'altro che irrilevante.

La pacifica giurisprudenza di legittimità afferma la prevalenza del foro determinato in ragione della competenza funzionale a conoscere di un determinato reato sul Foro determinato in ragione del reato più grave.

PA.PITT.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 luglio 2012 - Giudice Petri.

OMICIDIO colposo - urto di scala cimiteriale - presenza persona - prova dell'urto - dichiarazioni de relato nell'immediatezza dei fatti - colpa generica - esclusione - prova corretta manutenzione - sussistenza - colpa specifica - esclusione.

(Art. 589 c.p.)

Non è ravvisabile alcuna ipotesi di negligenza o imprudenza in capo al soggetto che, trovandosi a transitare lungo la galleria di un cimitero, abbia accidentalmente urtato una scala dalla quale sia precipitato un anziano precedentemente salito: l'imputato, infatti, comprensibilmente, immaginava di avere a che fare con una scala stabile, appositamente progettata per i cimiteri, in regola con la normativa di sicurezza e correttamente manutenuta (come peraltro effettivamente accertato in atti).

Per di più, nel caso de quo, neppure può dirsi raggiunta la prova dell'effettivo avvenuto urto posto che nessun testimone aveva assistito all'incidente e che le dichiarazioni rese dallo stesso imputato nell'immediatezza del fatto, riferite "de relato" da sommari informatori, erano state profferite quando lo stesso si trovava sotto shock per quanto accaduto, mentre in seguito l'imputato precisava di aver solo sfiorato la scala e che non aveva avuto alcuna intenzione di spostarla non necessitandone per la visita al proprio coniunto.

Neppure può ravvisarsi colpa specifica in capo ai dirigenti del settore Servizi Cimiteriali posto che la scala in questione apparteneva ad un modello in uso in tutti i cimiteri cittadini all'epoca dei fatti, che rispondeva perfettamente alla normativa specifica e che nessun malfunzionamento o anomalia della scala (come delle altre 69 facenti parte del medesimo appalto) era mai stato segnalato alla dirigenza.

Inoltre, considerata la complessità della gestione di questo settore (che comprende 35 unità cimieriali di varie dimensioni, per far fronte alla quale è previsto statutariamente il decentramento di compiti e responsabilità in capo a ben quattro preposti), non può individuarsi responsabilità per colpa in capo agli imputati atteso che, in tema di deleghe di funzioni in ambito di impresa pubblica o privata, il principio in forza del quale il datore di lavoro può trasferire la propria posizione di garanzia circa gli obblighi di prevenzione e sorveglianza imposti dalla normativa antinfortunistica solo attraverso un provvedimento formale di delega ad altro soggetto subentrante con esplicita indicazioni di funzioni ed esplicita accettazione, va contemplato - quando tale principio debba trovare attuazione in un'impresa di grandi dimensioni - con la necessità di accertare, in concreto, l'effettiva situazione di gerarchia delle responsabilità all'interno delle posizioni di vertice, così da verificare la predisposizione, da parte del datore di lavoro, di adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'imprenditore da responsabilità di livello intermedio e finale, tenendo presente che la responsabilità del direttore di un'amministrazione pubblica è limitata all'ipotesi in cui gli sia stata espressamente segnalata l'esistenza di specifiche situazioni di rischio da cui consegua la necessità di interventi, giusta la complessità funzionale e strutturale di un'azienda di grandi dimensioni.

CR.BR.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 novembre 2012 - Giudice Baldini.

OMICIDIO colposo - condotta dell'imputata - irrilevanza sulla causa del decesso - assenza di nesso di causalità - reato - insussistenza.

(Art. 589 c.p.)

OMISSIONE di soccorso aggravata dall'evento morte - condotta - richiesta di intervento medico d'emergenza - intervento - mancato rinvenimento del soggetto bisognoso - circostanza eccezionale - reato - insussistenza.

(Art. 593 c.p.)

Non sussiste nesso causale tra la morte di un soggetto deceduto per "un'acuta insufficienza cardio-respiratoria secondaria ad intossicazione da sostanze stupefacenti in persona affetta da polmonite lobare" e la condotta dell'imputata che, non riuscendo a sveglierlo e avendo questi rifiutato che venisse chiamata un'ambulanza, lo trasportava all'esterno dell'abitazione dell'imputata mentre lo stesso era ancora in vita sebbene in stato di torpore. Vi sono infatti fondati motivi per ipotizzarsi che l'uomo, anche laddove non trasportato all'esterno, sarebbe ugualmente deceduto.

Non sussiste il reato di omissione di soccorso qualora l'imputata, dopo aver prestato alla persona offesa l'assistenza che era nelle sue capacità offrire e che la stessa riteneva sufficiente, dopo averlo lasciato fuori di casa, si adoperi immediatamente affinché il soccorso pubblico del 118 venga subito avvisato, sebbene da terzi, e verifichi il buon esito della segnalazione. La circostanza che il 118 non abbia trovato il soggetto segnalato, pur essendo giunta nel luogo indicato, è infatti da ritenersi totalmente eccezionale e non prevedibile dall'imputata.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 4 marzo 2013 - Giudice Carpanini

REATI contro la persona - omicidio tentato - univocità degli atti - modalità dell'aggressione - sussistenza.

(Artt. 575 e 56 c.p.)

Non può esservi dubbio alcuno sulla reale volontà omicida dell'imputato, quando le modalità dell'aggressione sono univocamente dirette, anche nell'immaginario collettivo, a togliere la vita alla vittima (Nella specie, nonostante la palese idoneità ed efficacia della condotta a produrre la morte della vittima e l'intensità del dolo ricavabile dalla reiterazione del tentativo di strangolamento, con accresciuta intensità, va comunque evidenziato che la condotta è stata attuata alla presenza dapprima dei figli dell'imputato e poi anche dei militi della Croce Rossa e, quindi, di fatto, in circostanze tali da rendere comunque immediato l'intervento in soccorso della donna e, quindi, la concreta possibilità di interrompere l'azione delittuosa).

PA.PITT.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 1 giugno 2012 - Giudice Cusatti.

REATI del codice della strada - guida in stato di ebbrezza - alcoltest - comunicazione della facoltà di farsi assistere da legale - carenza - stato di incoscienza dell'imputato - accertamento mediante prelievo ematico - nullità - insussistenza.

(Art. 186bis D. L.vo n. 285/1992)

Va disattesa, in quanto del tutto inconferente, l'eccezione di inutilizzabilità - rectius, di nullità - dell'accertamento in atti del tasso alcolemico dell'imputato per l'omessa somministrazione nei suoi confronti, ad opera della p.g., dell'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore nel caso in cui al momento dell'intervento della p.g. lo stesso versasse in stato di incoscienza, condizione per sé sola incompatibile, oltre che - ovviamente - con l'effettuazione dell'alcoltest, anche con la somministrazione di qualsivoglia avviso, per quanto diretto a consentire all'interessato l'esercizio di facoltà difensive di sorta.

I risultati del prelievo ematico, eseguito durante il ricovero presso una struttura ospedaliera pubblica a seguito di incidente stradale, sono utilizzabili nei confronti dell'imputato per l'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza, trattandosi di elementi di prova acquisiti attraverso la documentazione medica e restando irrilevante, ai fini dell'utilizzabilità processuale la mancanza di consenso in quanto l'esame ematico effettuato in quella concreta vicenda era funzionale, a prescindere dalla richiesta della p.g., a escludere eventuali patologie del guidatore che potevano aver causato l'incidente stradale.

In caso di urto di uno scooter contro i contenitori dell'immondizia posizionati a bordo strada, si configura l'aggravante di cui all'art. 186 comma 2bis a motivo della palese responsabilità del conducente nell'eziologia dell'incidente stradale.

CR.BR.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 7 giugno 2012 - Giudice Bolelli.

RICETTAZIONE e riciclaggio - modalità del fatto - fatispecie - consapevolezza della provenienza illecita - esclusione - elemento soggettivo - esclusione.

(Artt. 648, 648bis commi 1 e 3 c.p.)

L'elemento soggettivo, consistente nella coscienza e volontà di ostacolare l'accertamento della provenienza dei beni, del denaro o di altra utilità, non viene integrato qualora manchi la consapevolezza della provenienza delittuosa del denaro.

In ipotesi di "phishing" operato da parte di società estera, non può dirsi raggiunta la prova della consapevolezza della provenienza illecita da parte del soggetto italiano che metta a disposizione il proprio conto corrente bancario per ricevere bonifici on line fatti accreditare da soggetti terzi in frode agli inconsapevoli ordinanti e, trattenutasi una percentuale, trasferisca all'estero, tramite operazioni Western Union, dette somme di denaro.

L'assenza di consapevolezza può essere ricavata dalle modalità di contatti tra l'imputato e la società estera da cui proveniva la proposta di lavoro - in particolare, le caratteristiche del sito internet sul quale è stata trovata la proposta di lavoro (www.monster.it), il tenore delle comunicazioni intercorse, l'uso di un inglese corretto, l'invio del curriculum da parte dell'imputato e del contratto di lavoro da sottoscrivere - ; dall'utilizzo da parte dell'imputato del proprio conto corrente già esistente e non creato ad hoc; dall'aver egli fornito i propri recapiti all'agenzia Western Union attraverso la quale effettuava i trasferimenti all'estero; dall'assenza di piena diffusione in Italia del fenomeno del "phishing" all'epoca dei fatti (2005) tale da renderne note e riconoscibili le manifestazioni; dal comportamento tenuto dall'imputato successivamente alla segnalazione dell'illiceità dell'operazione improntato alla massima collaborazione, con la consegna della documentazione ritenuta utile e la disponibilità a rendere i chiarimenti ri-

chiesti, e alla volontà di elidere le conseguenze negative della vicenda con la restituzione delle somme.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 marzo 2013 - Giudice Giacalone.

STUPEFACENTI - importazione - circostanza aggravante della transnazionalità - esecuzione di parte della condotta all'estero - insufficienza - insussistenza.

(art. 4 L. 146/06)

Al fine della sussistenza dell'aggravante speciale del reato transnazionale, circostanza che, come richiesto dall'art. 4 L. 146/06, presuppone che al reato abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, non è sufficiente che una parte dell'attività delittuosa sia commessa in più di uno Stato o che venga realizzata in un altro Stato una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo, perché tali condotte attengono alla mera definizione del reato transnazionale, ma è necessaria la prova che il gruppo criminale organizzato sia impegnato in attività criminali in più di uno Stato, vale a dire operi con lo schema delittuoso associativo in diversi Stati dove può contare di appoggi, mezzi, sodali che impegnano il gruppo in una pluralità di attività criminose che ne accentuano la pericolosità e la potenzialità criminale.

M.CIR.

Il fatto e la sua regola

Tribunale di Sanremo, in composizione monocratica, 15 aprile 2013 - Giudice Bracco.

REATI contro il patrimonio - possesso - concorso di persone nel reato - mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti.

(Artt. 624, 646 e 117 c.p.)

CASO

Il procedimento penale in oggetto aveva inizio a seguito della denuncia presentata - a fronte di un ripetuto ed ingiustificato ammancio di fiches - dal Presidente del Casinò municipale di Sanremo, il quale sottoponeva all'attenzione dell'Autorità giudiziaria diverse condotte ritenute sospette poste in essere da alcuni croupier, capotavolo e controllori comunali che nei filmati di sorveglianza apparivano "maneggiare" i gettoni in maniera irregolare.

Mediante la più attenta analisi di tali filmati, nonché di quelli effettuati dopo la denuncia dalla Polizia giudiziaria, si apprendeva che tali soggetti, in concorso tra loro e mediante lo sfruttamento della propria attività professionale, sottraevano al banco della fair-roulette considerevoli quantità di fiches, monetizzandole successivamente.

Effettuate intercettazioni telefoniche ed ambientali, che - specie con riferimento ad un episodio sottrattivo - avvaloravano l'ipotesi accusatoria, veniva disposta dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Sanremo la misura cautelare degli arresti domiciliari e, terminata l'attività di indagine, la citazione diretta a giudizio da parte del rappresentante del Pubblico Ministero.

QUESTIONI

Qualificazione giuridica dei differenti rapporti intercorrenti tra imputati e fiches, dovendosi verificare a quale fattispecie criminosa - tra il delitto di furto e quello di appropriazione indebita - potesse sussumersi il caso concreto; ulteriormente, in questa prima fase, il Tribunale si è altresì interrogato circa l'eventuale qualifica pubblicistica ricoperta dall'impiegato del Comune di Sanremo che, in talune occasioni, aveva nell'ipotesi accusatoria concorso con i dipendenti del Casinò.

Qualificazione giuridica, fuori dalla tipicità delle condotte dei singoli agenti rispetto alle fattispecie monosoggettive, della complessiva fattispecie concorsuale da addebitare a tutti i partecipanti.

DECISIONE

[...] Il problema serio consiste nello stabilire se ricorra furto o appropriazione indebita. A tale proposito va rilevato che la Suprema Corte ha avuto modo di stabilire che "il croupier che si impossessa del denaro o dei gettoni maneggiati nel corso del suo lavoro commette il delitto di furto perché ha la mera detenzione di detti valori", il cui possesso in senso penalistico spetta alla casa da gioco in persona dei suoi legali rappresentanti o delegati [...] il difensore obietta che, invece, il capotavolo ha il possesso delle fiches, come indicato da Cass., Sez. 5, n. 1683 del 18.10.2000 e, può aggiungersi, anche da Cass. Sez. 2 n. 7281 del 13.7.1988, rendendosi di conseguenza responsabile di appropriazione indebita. Osserva il Tribunale che, nei vari capi d'imputazione, gli imputati devono rispondere in concorso tra loro, avendo ciascuno partecipato, con ap-

porto causale, alla condotta costituita dall'impossessamento delle fiches in danno del soggetto spossessato [...] Non possono essere sezionate le condotte delle tre figure e trattate diversamente l'una dall'altra, perché svolte in concorso ex art. 110 c.p. Già va bene al controllore comunale e ai concorrenti nei suoi reati, che il PM. non abbia contestato a tutti il più grave delitto di peculato, trattandosi di un incaricato di pubblico servizio. Per i capi d'imputazione che vedono il concorso tra croupier e capotavolo, seguendosi l'impostazione del difensore, il primo dovrebbe rispondere di furto, il secondo di appropriazione indebita. (1)

Se poi si ritenesse che entrambi dovrebbero rispondere del reato meno grave, si giungerebbe alla conclusione che il croupier ove commetta il reato da solo sarebbe colpevole di furto, agendo in concorso col capotavolo di appropriazione indebita. Le cose evidentemente non stanno così, stante la natura unitaria del reato. Gli artt. 110 ss. c.p. sono volti ad evitare che autori di un medesimo fatto siano puniti a diverso titolo. (2)

[...] Il rapporto detentivo del croupier coi valori rende l'illecito penale più grave, verificandosi per il capotavolo un mutamento del titolo di reato, da appropriazione indebita a furto; ex art. 117 c.p., egli deve rispondere del più grave reato. In definitiva, il croupier, che ha pacificamente la detenzione e non il possesso delle fiches, poneva l'iniziale azione materiale di furto; il capotavolo agiva in concorso con lui in detto reato". (3)

(1-3) Sottrazione di fiches al Casinò di Sanremo: alcuni rilievi critici in materia di concorso di persone nel reato.

Sommario: 1. Una necessaria premessa: la fattispecie processuale. - 2. Mansioni degli imputati, qualifiche soggettive e rapporto con i beni sottratti. - 3. Il ricorso alla fattispecie di responsabilità concorsuale dell'art. 117 c.p.: critica.

1. Una necessaria premessa: la fattispecie processuale. La sentenza che brevemente si annota, emessa in data 15 aprile 2013 dal Tribunale penale di Sanremo, in composizione monocratica, ha ad oggetto molteplici condotte appropriative asseritamente poste in essere, all'interno del Casinò municipale di Sanremo, da più dipendenti dello stesso, in concorso tra loro.

Più precisamente, veniva contestato a diversi croupier, capotavolo e controllori comunali, di avere sottratto in varie occasioni, sfruttando la confusione del gioco e la propria destrezza manuale, molteplici fiches di alto valore. I preziosi gettoni, nascosti dal croupier, venivano poi consegnati o ritirati dal capotavolo che, in alcuni episodi, li consegnava a sua volta al controllore comunale. Applicata - per un breve periodo - la misura cautelare degli arresti domiciliari, il Pubblico Ministero esercitava l'azione penale mediante citazione diretta in giudizio, contestando agli imputati i reati di cui agli artt. 110, 624, 625 co. 1 n. 4 c.p., ulteriormente aggravati ai sensi dell'art. 61 n. 11 c.p., poiché commessi con l'abuso della propria prestazione d'opera.

Con la sentenza in commento il Tribunale di Sanremo, condannando tutti gli imputati per concorso in furto aggravato, ha affrontato - dopo un'attenta e profusa ricostruzione della fattispecie concreta - la qualificazione giuridica dei

fatti contestati sotto due profili, inscindibilmente connessi tra loro: il rapporto giuridico intercorrente tra gli imputati e le *fiches* e la qualificazione giuridica delle condotte concorduali a questi contestati.

2. Mansioni degli imputati, qualifiche soggettive e rapporto con i beni sottratti.

La pluralità di figure professionali coinvolte nel procedimento penale ha, dapprima, imposto al Giudice di valutare il rapporto intercorrente tra gli imputati e le *fiches* sottratte (1), ai fini della corretta qualificazione giuridica delle condotte da questi poste in essere.

Correttamente, per quanto concerne la figura del *croupier*, il Giudice ha rilevato che questi ha la mera *detenzione* dei gettoni, poiché - come evidenziato dalla Suprema Corte (2) - ha un *rapporto materiale* con la cosa ma sotto la vigilanza del possessore, mediante i suoi incaricati. Tale figura professionale è, quindi, sprovvista di quella signoria autonoma sulla cosa, al di fuori della sfera di controllo di chi sulla *res* ha un potere giuridico maggiore (3), che integra il "possesso" in senso penalistico e che è presupposto della condotta nel reato di appropriazione indebita, ai sensi dell'art. 646 c.p. In caso di sottrazione dal tavolo da gioco delle *fiches* egli risponderà, quindi, del più grave reato di furto.

Diversamente il possesso spetta al capotavolo, poiché egli è dotato "da un lato di poteri di controllo nello svolgimento del gioco stesso e, dall'altro, di un affidamento di somme e valori con conseguente responsabilità patrimoniale diretta ed un'autonomia dispositiva, sia pure nel rispetto delle prescrizioni impartitegli" (4). Egli, quindi, risponderà - come correttamente indicato in sentenza - del reato di appropriazione indebita qualora si appropri, comportandosi *uti dominus*, dei gettoni da gioco.

Con riferimento alla figura del controllore comunale il Giudice ha, invece, ritenuto che questi rivesta la qualifica di incaricato di pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p. (5), altresì evidenziando, con una non velata critica alla mancata contestazione da parte del rappresentante del Pubblico Ministero, la possibilità di contestare all'imputato (ed ai correnti) il più grave reato di peculato.

Certamente condivisibile pare l'affermazione concernente la qualifica di incaricato di pubblico servizio ricoperta dal controllore comunale. Tale figura professionale, infatti, esplicitamente prevista da apposito regolamento comunale (6) ed avente quale finalità la "tutela degli interessi del Comune di San Remo" (Cfr. art. 2 del regolamento), svolge certamente quella funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico richiesta dagli artt. 357 e 358 c.p. (7) per poter configurare la summenzionata qualifica soggettiva.

Per quanto concerne, invece, il presupposto del possesso in ragione del proprio servizio, necessario per poter configurare il reato di peculato, si deve evidenziare che - pur avendo il controllore l'esplicito divieto di toccare i gettoni e i valori (così art. 27 lett. b) del succitato regolamento) - la giurisprudenza largamente maggioritaria ritiene che sia "irrilevante per la consumazione del reato [di peculato, n.d.a.] che l'agente sia entrato nel possesso del bene nel rispetto o meno delle disposizioni organizzative dell'ufficio, potendo lo stesso derivare anche dall'esercizio di fatto o arbitrario di funzioni" (8), risultando sufficiente che sussista un rapporto che consenta al soggetto di inserirsi di fatto nel maneggio o nella disponibilità materiale del bene, trovando nelle proprie pubbliche funzioni o servizio l'occasione per porre in essere tale condotta. Non sorgono quindi problemi, nel caso di spe-

cie e con riferimento alla condotta appropriativa del controllore comunale, a ritenere pienamente configurabile il reato di cui all'art. 314 c.p., dovendosi condividere la critica espressa dal Giudice alla mancata contestazione di tale fattispecie da parte del Pubblico Ministero.

Peraltro, una simile contestazione dei fatti in concorso (possibile in due episodi che hanno visto concorrere tra loro il *croupier*, il capotavolo ed il controllore comunale) avrebbe permesso di addivenire alla confisca per equivalente, ai sensi dell'art. 322-ter c.p. (9), del valore delle *fiches* sottratte, tipologia di confisca che invece non può applicarsi al reato di furto aggravato, rispetto al quale potrà applicarsi unicamente la confisca di cui all'art. 240 c.p., che però - avendo quale indefettibile requisito la pertinenzialità del bene al reato - non ha alcuna utilità ed efficacia nel caso di specie.

3. Il ricorso alla fattispecie di responsabilità concorsuale dell'art. 117 c.p. : critica.

La problematica principale affrontata in sentenza è, però, senza dubbio quella relativa al titolo di concorso negli episodi appropriativi che vedono coinvolti *croupier* e capotavolo. Il Giudice sul tema, dopo aver evidenziato "la natura unitaria del reato" (10) in cui gli imputati avevano concorso, ha ritenuto che tali condotte perfezionassero la fattispecie di *concorso in furto aggravato*, poiché "il rapporto detentivo del *croupier* coi valori rende l'illecito penale più grave, verificandosi per il capotavolo un mutamento del titolo del reato, da appropriazione indebita a furto; ex art. 117 c.p., egli deve rispondere del più grave reato".

La summenzionata statuizione si espone, invero, a molteplici rilievi critici.

In prima istanza pare fuor di luogo il riferimento all'art. 117 c.p. (11), poiché l'applicazione di tale disposto normativo è legislativamente limitata - ed è dato ormai acquisito dalla dottrina penalistica - ai soli *reati propri* (12), ovverosia a quelle tipologie di illecito nelle quali costituiscono elementi essenziali della tipicità, le "condizioni o qualità personali del colpevole" o i "rapporti fra il colpevole e l'offeso". Ne consegue, necessariamente, che tale disposizione non potrà, in alcun caso, applicarsi al reato comune di furto, che non ha delimitazione soggettiva alcuna.

Deve peraltro sottolinearsi, fermo quanto sopra riportato, che svolgendo tale disposto normativo "una funzione *estensiva* della responsabilità, in quanto deroga ai criteri generali di imputazione soggettiva in materia concorsuale" (13), lo stesso non può comunque trovare applicazione laddove i soggetti abbiano la rappresentazione di concorrere con un soggetto dotato della qualifica soggettiva richiesta, pur eventualmente intesa come *conoscenza nella sfera laica* (14). In questi casi gli imputati dovranno rispondere sulla base delle generali regole di imputazione del contributo concorsuale di cui all'art. 110 c.p. (15), venendo esclusa, così, ogni possibile applicazione della circostanza attenuante facoltativa di cui al secondo comma.

In secondo luogo, riportato più correttamente il problema nell'ambito del regime generale del concorso di persone nel reato, è comunque da rifiutarsi - ad opinione di chi scrive - il procedimento argomentativo che ha portato il Giudice a qualificare il fatto come concorso in furto aggravato, procedimento basato essenzialmente sulla valorizzazione del rapporto detentivo tra il *croupier* ed i gettoni, che renderebbe "l'illecito penale più grave, verificandosi per il capotavolo un mutamento del titolo di reato".

Ora, tralasciato il tema della supposta (e non condivisibile)

efficacia giuridica ascritta al rapporto di detenzione materiale tra agente e bene sottratto (16), pare fuor di luogo l'utilizzo del criterio della gravità del reato ai fini dell'individuazione della fattispecie astratta applicabile nel caso concreto. Tale criterio, infatti, se è validamente utilizzato nel concorso apparente di norme (17) da quegli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che rifiutano l'utilizzo di criteri di valore (18), pare inutilizzabile nel caso di specie, ove manca quella *convergenza di norme applicabili* al medesimo fatto che è imprescindibile requisito per ravvisare un concorso (apparente o meno) di norme.

A tal riguardo deve, infatti, appieno condividersi l'opinione di quella dottrina maggioritaria che sottolinea la sussistenza di un *rapporto di incompatibilità e di continuità logica tra furto e appropriazione indebita* (19), proprio sulla base dell'incompatibilità tra le condotte tipiche delle due fattispecie ed i presupposti fattuali delle stesse, potendosi affermare che tale caratteristica permane anche nella fattispecie plurisoggettiva. Più correttamente la soluzione della problematica si sarebbe dovuta ricercare in un giudizio relativo alla *tipicità* della complessiva condotta dei concorrenti rispetto alla *fattispecie plurisoggettiva* (20): sotto tale punto di vista pare difficilmente contestabile che nella condotta del *croupier* che "passa" le *fiches* a colui che ne ha il possesso e nella condotta appropriativa di quest'ultimo, in accordo con il primo, sia ravvisabile la fattispecie di concorso in appropriazione indebita, stante la presenza di tutti i requisiti di tale fattispecie, con particolar riferimento al possesso e alla condotta - non sottrattiva ma, bensì - appropriativa. Si dovrà quindi ritenere perfezionata la fattispecie di concorso in appropriazione indebita qualora almeno uno dei concorrenti abbia la qualifica di possessore e, conseguentemente, questo ponga (*rectius*: questi pongano) in essere una condotta di natura appropriativa.

E parimenti, se come *ut supra* visto certamente giuridicamente corretta sarebbe stata - per gli episodi di concorso tra *croupier*, capotavolo e controllore comunale - l'imputazione di concorso in peculato, anche tale qualificazione non sarebbe potuta passare attraverso una valutazione relativa alla maggior *gravità di tale reato*, ma attraverso l'individuazione degli *essentialia delicti* di un *fatto tipico a livello di fattispecie plurisoggettiva*, a causa della presenza in essa di tutti i requisiti previsti dall'art. 314 c.p., comunque "distribuiti" tra i soggetti concorrenti.

**Riccardo Calcagno,
Dottorando di ricerca in diritto penale
Università di Genova**

(1) In generale, sui presupposti di fatto nei reati contro il patrimonio mediante violenza: P. Nuvolone, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942; G. Marini, *Possesso (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. IX, Utet, Torino, 1995, 630 ss.; R. Rampioni, voce *Possesso (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, 520 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. I delitti contro il patrimonio*, Zanichelli, Bologna, 2005, 32 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Cedam, Padova, 2012, 45 ss.; G. Neppi Modona, *Un aspetto particolare del furto: la detenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 1156 ss.

(2) In giurisprudenza: Cass., Sez. II, 15 maggio 1981, n. 8756, Bruno, in *Cass. pen.*, 1982, 1528. Parimenti, in dottrina: V. Manzini - P. Nuvolone - G. D. Pisapia, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. IX, Utet, Torino, 1981, 147; C. Baccaredda Boy - S. Lalomia, *Trattato di diritto penale. I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, Cedam, Padova, 2005, 195.

(3) In dottrina: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, a cura di C.F. Grosso, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, 300; P. Pisa,

Giurisprudenza commentata di diritto penale, Vol. I, Cedam, Padova, 2006, 719 ss.; F. Mantovani, *op. cit.*, 68; In giurisprudenza: Cass., Sez. II, 26 gennaio 2011, n. 6937, in *Guida dir.*, 2011, 25, 72; Cass., Sez. V, 15 gennaio 1997, n. 2032, Flosci, in *Giust. pen.* 1998, II, 571; Cass., Sez. II, 17 marzo 1988, Farfariello, in *Cass. pen.* 1989, 1452.

(4) Cass., Sez. II, 17 maggio 1988, n. 7281, Zampone, in *Riv. pen.*, 1990, 281; Cass., Sez. II, 15 maggio 1981, n. 8756, Bruno, *cit.*

(5) Sulle qualifiche soggettive, con l'analisi di molteplici casi giurisprudenziali, si veda P. Pisa, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, Vol. II, Cedam, Padova, 2011, 4 ss.

(6) Regolamento corpo speciale di controllo del comune di Sanremo presso il Casinò municipale, consultabile sul sito www.comunedisanremo.it.

(7) Così, in giurisprudenza Cass., Sez. I, 10 ottobre 2012, n. 41676, in *CED Cass* 253985 che inquadra le appropriazioni del controllore comunale nella fattispecie di cui all'art. 314 c.p. *Contra Cass.*, Sez. Unite, 23 novembre 1985, n. 45, in *CED Cass.* 171499 che nega ogni qualifica pubblicistica agli impiegati comunali che prestano attività all'interno del casinò in forza dell'attività di natura privata da questo svolta.

(8) Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2003, n. 11417, Sannia, in www.dejure.giuffre.it; Cass., Sez. fer., 8 settembre 2011, n. 34086, in www.dejure.giuffre.it; Cass., Sez. VI, 14 novembre 1997, n. 11505, Striato, in *Cass. pen.*, 1999, 528; Cass., Sez. VI, 13 maggio 2009, n. 20952, in *Guida dir.* 2009, 25, 82.

(9) In generale, sulla confisca per equivalente : M. Amisano Tesi, *Confisca per equivalente*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2008, 191 ss.; V. Mongillo, *Art. 322-ter*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* (a cura G. Lattanzi - E. Lupo), Milano, 2010, 261 ss.; F. Vergine, *Confisca per equivalente*, Ipsoa, Milano, 2009; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale - Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 258 ss. Sulle problematiche relative all'applicazione di tale tipologia di confisca al concorso di persone nel reato si vedano i rilievi di R. Romanelli, *Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 868 ss.

(10) In realtà il "dogma dell'unicità del titolo di reato", effettivamente accolto dalla dottrina tradizionale e dal legislatore del Codice Rocco, è stato altresì oggetto di forti critiche. In particolar modo, se una parte della dottrina - sulla base della *littera legis* dell'art. 110 c.p. si riferisce al "medesimo reato" - ha ritenuto necessaria la perfetta coincidenza dei titoli di reato, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, diversa dottrina ha più correttamente respinto tale dogma, ritenendo ontologicamente possibile un imputazione soggettiva differenziata - come confermato a livello legislativo dagli artt. 48, 111 e 112 c.p. Sul tema si veda F. Serraino, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 453 ss.

(11) Per una approfondita analisi dell'art. 117 c.p. si rinvia a M. Pelissero, *Il concorso nel reato proprio*, Giuffrè, Milano, 2004; Id., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 328 ss.; F. Cingari, *Sul concorso dell'extraneus nel reato proprio*, in *Ind. pen.*, 2004, 943 ss.; A. Gullo, *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2005, partic. 237 ss.; G. Insolera, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Vol II, Utet, Torino, 1988, 491 ss.; A. Pagliaro, *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 975 ss.

(12) Più precisamente, come evidenziato in dottrina, tale disposto normativo disciplina unicamente le ipotesi dei cd. "reati propri a qualifica differenziale", nei quali cioè la presenza della qualifica modifica il titolo di reato. Restano, viceversa, escluse le ipotesi di reato proprio nelle quali la qualifica rende un fatto altrimenti lecito penalmente rilevante, rispetto alle quali dovrà applicarsi la disciplina

generale dell'art. 110 c.p. Sul punto M. Pelissero, *Il concorso*, cit., 21. Parimenti, in giurisprudenza: Cass., Sez. I, 23 settembre 2008, n. 39292, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass., Sez. V, 24 giugno 1996, n. 7718, in *Cass. pen.* 1997, 2050; Cass., Sez. VI, 22 aprile 1989, Morelli, in *Cass. pen.*, 1991, I, 61.

(13) Così M. Pelissero, *Il concorso*, cit., 35 il corsivo è aggiunto. Nello stesso senso M. Romano - G. Grasso, *Art. 117*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol II, Giuffrè, Milano, 2005, 248; A. Di Martino, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato* (a cura di G. De Francesco), Giappichelli, Torino, 2011, 206; S. Fioretta - L. Masera, *Art. 117*, in *Codice penale commentato* (a cura di E. Dolcini - G. Marinucci), Vol. I, Ipsos, Milano, 2006, 1201 *Contra* A.R. Latagliata, *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, Napoli, 1964, 216 ss.; C. Fiore - S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Utet, Torino, 2008, 537.

(14) Sul tema si vedano: M. Romano, *Art. 43*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol I, Giuffrè, Milano, 2004, 440; G. De Vero, *Il dolo e la preterintenzione*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, Giappichelli, Torino, 2010, 187; D. Petrini, *Dolo*, in C.F. Grosso - M. Pelissero - D. Petrini - P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2013, 330.

(15) In tal senso, tra gli altri, G. Insolera, *op.cit.*, 492: "la consapevolezza dell'altrui posizione soggettiva, pertinente alla qualificazione di un reato proprio, implicherà il configurarsi di una responsabilità concorsuale ex art. 110, sia quando il fatto abbia rilevanza penale a prescindere dalla qualifica (è il caso del *mutamento del nomen juris*), sia quando ciò non avvenga". Il corsivo è dell'Autore.

(16) Come evidenziato da ormai pacifica dottrina e giurisprudenza, infatti, tale rapporto è indifferente ai fini del perfezionamento del reato di furto e, certo, non provoca il mutamento della qualifica giuridica. In dottrina: C. Pedrazzi, voce *Appropriazione indebita (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Vol. II, Milano, 1958, 836; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale* (a cura di C. F. Grosso), Vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, 313-314; R. Rampioni, *op.cit.*, 531; G. Fiandaca - E. Musco, *op.cit.*, 103; V. D'Ambrosio, *Delitti contro il patrimonio*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (diretta da F. Bricola - V. Zagrebelsky), Utet, Torino, 1984, 1357-1358. Arriva alle medesime conclusioni - pur incentrando la differenza tra furto ed appropriazione indebita attorno alla condotta di "sottrazione" - anche F. Mantovani, *Furto (diritto penale comune)*, in *Nov. mo Dig. It.*, Utet, Torino, 1964, 702 che parimenti rileva che "presupposto negativo del furto non è necessariamente la mancanza, nell'agente, della detenzione, bensì la mancanza del potere di signoreggiare la cosa. Si può detenere materialmente la cosa senza con ciò poter disporne in modo pieno ed autonomo". In giurisprudenza: Cass., Sez. II, 26

gennaio 2011, n. 6937, in *Guida dir.*, 2011, 25, 72; Cass., Sez. V, 15 gennaio 1997, n. 2032, Flosci, in *Cass. pen.*, 1998, 2009; Cass., Sez. II, 20 dicembre 1993, Balzaretti, in *Giust. pen.*, 1994, II, 680.

(17) Per l'utilizzo del criterio della maggior gravità nel concorso apparente di norme, quale criterio sussidiario nei casi di rapporto di specialità bilaterale tra norme: F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966, 660 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Giappichelli, Torino, 2013, 554; A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, in *Le forme di manifestazione del reato* (a cura di G. De Francesco), Giappichelli, Torino, 2011, 289. Tale criterio, ovviamente, ben può subire espresse deroghe con riferimento a particolari fattispecie criminose, mediante l'utilizzo di clausole di sussidiarietà determinate.

(18) Il riferimento va, in particolar modo, ai criteri di sussidiarietà e consunzione (o assorbimento) rispetto ai quali si rimanda a M. Romano, *Art. 15*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol I, Giuffrè, Milano, 2004, 173 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 197 ss. Si deve altresì sottolineare, a tal proposito, che la giurisprudenza della Suprema Corte, negli ultimi anni, ha rifiutato tali criteri ritenendoli "tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale". In tal senso Cass., Sez. Unite, 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino, in *C.E.D. Cass.* 232302; Cass., Sez. Unite, sentenza 19 aprile 2007 n. 16568, Carchivi, *C.E.D. Cass.* 235962; Cass., Sez. Unite, 28 ottobre 2010, n. 1963, PG in proc. Di Lorenzo, in *Cass. pen.*, 2011, 3845.

(19) Tra gli altri F. Mantovani, *Diritto*, cit., 50; P. Pisa, *Giurisprudenza*, cit., Vol. I, 732.

(20) Sulla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, come modello dogmatico di esplicazione del concorso di persone nel reato, immancabile è il richiamo a R. Dell'Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956. L'Autore sottolinea (*Ibidem*, 78) che "la disposizione di cui all'art. 110 c.p., considerata, volta a volta, in relazione ad una delle disposizione incriminatrici prevedenti ipotesi monosoggettive o plurisoggettive necessarie, pone una *nuova tipicità*, la *tipicità plurisoggettiva eventuale*, nettamente distinta dalla «tipicità» monosoggettiva o plurisoggettiva «necessaria» resa palese dalle disposizioni incriminatrici di parte speciale". Evidenziano l'esigenza di un giudizio ancorato alla tipicità plurisoggettiva, altresì, M. Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1957, partic. 27 ss.; M. Spasari, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Giuffrè, Milano, 1956.

Documenti

La mediazione penale presso l'Ufficio del Giudice di Pace. L'esperienza genovese

Marco Cafiero*, Andrea Guido, Mariarosa Lamanna**

Sommario: 1. *Introduzione.* - 2. *La mediazione presso il Giudice di Pace nella legislazione italiana.* - 3. *Il Centro di mediazione penale "In Dialogo".* - 3.1.1. *La convenzione con il Giudice di Pace.* - 3.1.2. *La prassi operativa del Centro di Mediazione Penale.* - 3.2. *Sintesi dell'attività svolta anni 2010-2011.* - 3.3. *Analisi costi/benefici.* - 4. *Conclusioni e ricadute operative.*

1. Introduzione.

Prendendo spunto dalle recenti vicende in tema di mediazione civile e commerciale, dall'introduzione dell'obbligatorietà per alcune materie, ed alla successiva sconfessione da parte della Corte Costituzionale, possiamo dire che nella nebulosa galassia della Giustizia italiana aveva fatto capolino in modo strutturato la mediazione dei conflitti.

Più volte abbiamo riscontrato come siano alti i livelli di conflittualità che sfociano nella richiesta di tutela dei propri diritti all'Autorità Giudiziaria competente: siano essi di natura civile o di natura penale.

La paralisi della Giustizia trova uno dei suoi presupposti proprio nella impossibilità, da parte degli organi preposti, a fare fronte ad un carico di lavoro che supera abbondantemente le risorse deputate alla gestione. Certamente non è l'unico, si lamenta come l'organico presente all'interno del palazzo di Giustizia sia carente comunque, anche in situazioni di conflittualità normale.

Il paradigma di giustizia riparativa centra l'attenzione sulla promozione di un diretto coinvolgimento delle parti in causa nell'individuazione di possibili strategie di gestione del conflitto che le vede contrapposte nelle aule del Tribunale. Tale modello di intendere la giustizia propone di costruire un possibile accordo tra le parti che metta fine al conflitto in corso coinvolgendo nel processo di costruzione e realizzazione dell'accordo stesso.

Ciò si verifica laddove lo strumento della mediazione viene proposto nel corso di un procedimento giudiziario alle parti coinvolte sia da parte dell'autorità che su iniziativa delle stesse.

La mediazione, quale strumento principe nell'adozione di un paradigma di giustizia riparativo, permette di trasformare le parti da attori che delegano ad un terzo la soluzione del loro conflitto a protagonisti nella ricerca di un risultato alle questione che le vedono in prima persona implicate. In particolare non sarà la sentenza di un'autorità a porre fine al conflitto ma la possibilità di "sedersi ad un tavolo" di negoziazione alla ricerca di un dialogo che consenta loro di gestire il conflitto stesso.

I vantaggi di dotarsi di strumenti che emanano tale paradigma di giustizia si rendono visibili sia alle parti in contro-

versia sia al sistema giustizia che si trova sgravato da un eccessivo protrarsi dei tempi processuali; infatti la mediazione non viene svolta durante le udienze, bensì si dipana nel corso del periodo accordato per il rinvio, permettendo così di ottimizzare i tempi con un impatto sui costi pubblici.

2. La mediazione presso il Giudice di Pace nella legislazione italiana.

Fin dall'anno 2000 il legislatore si propone di far passare lo strumento mediatorio come modalità di comporre le controversie, non tanto per deflazionare il sistema giudiziario, bensì per introdurre la consapevolezza che il raggiungimento di un obiettivo possa passare attraverso il consenso prima che sia un terzo istituzionale ad imporre la propria volontà dall'alto. Questo consente di metabolizzare una scelta, caratterizzata dalla condivisione, che non sia meramente subita da una delle parti.

Ci riferiamo all'introduzione della figura del Giudice di Pace, la cui denominazione e le cui caratteristiche rispondono ad una logica di pacificazione che dovrebbe rivelarsi prodromica alla celebrazione di un giudizio. Usiamo il condizionale solo perché, nella realtà dei fatti, si rivela un mero tentativo obbligatorio che non riesce a superare il livello di conflittualità sotteso all'instaurazione di una controversia.

L'art. 29 del Decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 introduce il tentativo di conciliazione prevedendo che il giudice promuova la conciliazione tra le parti, anche accordando un rinvio per la trattazione purché finalizzato al reperimento di una soluzione conciliativa. Lo stesso comma 4 introduce la figura dei mediatori professionali del territorio quale strumento per raggiungere l'obiettivo.(1)

Il successivo comma 5 definisce la modalità risolutiva che segue la conciliazione raggiunta.(2)

Nel decennio precedente il concetto di mediazione in ambito penale ha rischiato di fondersi con quello di giustizia riparativa. La logica che sottende ai due istituti è differente ma le azioni riparatorie proposte hanno consentito di raggiungere una conciliazione tra le parti in fase di giudizio con risultato equivalente a quello della mediazione penale.

L'ideale di giustizia riparativa, da contrapporsi a paradigmi fondati sul modello retributivo e sul più illuminato modello riparativo, risulta ad oggi superato, soppiantato proprio da quello strumento mediatorio che vede nel raggiungimento del consenso delle parti l'obiettivo della giustizia penale, ora anche civile, a discapito della condotta\ meramente riparatoria che negli ultimi tempi si è espressa solo tramite l'esborso di un prezzo tale da soddisfare la parte offesa dal reato.

Il tentativo di conciliazione previsto dalla normativa dal Giudice di Pace non si riduce ad una mera formalità introduttiva del giudizio, ma si estrinseca in una più o meno marcata pressione sulle parti affinché cerchino l'intesa.

Per questo motivo abbiamo assistito a quella che abbiamo definito una "più o meno marcata pressione"(3) da parte del Giudice, intesa come la volontà di ottenere un risultato in linea con il dettato normativo emettendo, comunque, una sentenza - tale da soddisfare le esigenze funzionali e retributive del Giudice stesso - di non doversi procedere per intervenuta remissione di querela.

La cultura della mediazione penale, demandata a soggetti estra-

* Marco Cafiero: Avvocato Penalista del Foro di Genova, Consulente strategico del Centro di Mediazione Penale "In Dialogo". Collaboratore presso Pragma Politika s.r.l. 'Laboratorio per la Mediazione e la Giustizia Riparativa'.

** Andrea Guido, Mariarosa Lamanna: Mediatori Professionisti presso il Centro di Mediazione Penale "In Dialogo". Collaboratori presso con Pragma Politika s.r.l. 'Laboratorio per la Mediazione e la Giustizia Riparativa'.

nei al procedimento, ha stentato a farsi strada, superando il pregiudizio di cui sopra ma anche quello che siano proprio i difensori delle parti ad opporre resistenza per non rinunciare al mandato difensivo, alla lotta processuale per affermare la propria professionalità che sentono messa da parte. In realtà non è così. Il procedimento davanti al Giudice di Pace da un lato non è scontato circa gli esiti, dall'altro si rivela una perdita di tempo che, comunque, potrebbe ridurre il livello di professionalità atteso il fatto che la maggior parte dei reati è bagatellare, quando non meramente pretestuoso e strumentale al raggiungimento di obiettivi di natura puramente civilistica.

La cultura della mediazione tende, quindi, a farsi uno spazio importante coniugando aspetti sociali, civili e penali che potrebbero non essere così distanti in situazioni in cui gli interessi in gioco sono fortemente correlati e la soluzione di uno si rivela pregiudiziale a quella degli altri.

Ecco perché è importante che un ufficio di mediazione sia in possesso di strumenti adeguati per rispondere alle esigenze che il territorio richiede sempre con maggiore insistenza.

Infine va sottolineato come alla luce del principio che ogni situazione è “mediabile”, l'intervento possa esplicarsi anche nei confronti di reati non procedibili a querela, situazioni in cui lo Stato ritenga che non debba essere rimessa alla parte offesa la valutazione circa la domanda di “giustizia”.

Si tratta di fatti/specie in cui l'interesse lesso non sia semplicemente quello della vittima ma anche quello della collettività che percepisce, dalla commissione del fatto, un attacco alla sicurezza (il caso più semplice è quello del furto aggravato). In questo caso un intervento mediatorio che pacifichi la vittima diretta potrebbe rappresentare un interessante vantaggio processuale per l'autore di reato che potrà vedere la propria condanna mitigata da un atteggiamento riparatorio.

3. Il Centro di mediazione penale “In Dialogo”.

Nel 2009 il Centro di Mediazione penale *In dialogo* sottoscriveva una convenzione con l'Ufficio del Giudice di Pace di Genova avente l'obiettivo di attivare e svolgere per un periodo sperimentale e non oneroso un progetto di mediazione penale da effettuarsi nel corso dei procedimenti di tale ufficio.

Il Centro di Mediazione *In dialogo* ha voluto configurarsi come uno strumento gratuito per le parti e per l'Istituzione di ausilio nella procedura di conciliazione; il supporto del mediatore si presenta come possibilità di raggiungere con maggiore efficienza, rispetto ai tempi giudiziari, l'obiettivo conciliativo proprio del Giudice di pace.

Tale strumento offre un valore aggiunto al procedimento in sede penale nella misura in cui il mediatore, a differenza del Giudice, ha la competenza di entrare nel merito delle modalità interattive che le parti utilizzano per mantenere il conflitto, mettendo in condizione le parti di ricorrere ad altre modalità ovvero quelle che sono congeniali ad un dialogo sugli aspetti critici e sui punti di forza, sui vantaggi e sui costi in una proiezione attuale e futura oltre che rispetto a quanto accaduto nel passato.

Il profilo di competenza del mediatore, infatti, proprio in quanto ruolo che non ha alcun potere decisionale rispetto al conflitto tra le parti, è deputato a lavorare squisitamente sulla costruzione delle premesse di un processo negoziale che permetta di dirimere gli aspetti che riguardano il conflitto in corso. Il progetto si avvale di mediatori formati professionalmente presso il Master *“La mediazione come strumento operativo negli ambiti familiare penale e civile commerciale”* dell'Università degli studi di Padova. I mediatori impiegati nel centro di mediazione operano nell'ambito di conoscenze comuni e condividono l'applicazione di un modello operativo preciso, denominato *modello dialogico*.⁽⁴⁾ Al progetto par-

tecipa altresì un avvocato penalista del foro di Genova, autore di testi sulla Giustizia Riparativa ed esperto della sua applicazione entro l'ordinamento del diritto Italiano, che all'interno del progetto ricopre il ruolo di consulente strategico. Infine partecipano in qualità di responsabile scientifico e di supervisore delle attività svolte, Il professor Gian Piero Turchi, direttore del Master in mediazione dell'Università di Padova e la Dottoressa Valeria Gherardini, mediatrice esperta e docente del suddetto Master.

3.1.1. La convenzione con il Giudice di Pace.

La Convenzione stipulata con l'Ufficio del Giudice di Pace di Genova, nel novembre 2009 prevedeva di attivare e svolgere, da novembre 2009 a novembre 2011, a titolo sperimentale e non oneroso, il Progetto *“In Dialogo”* avente ad oggetto l'attività di Mediazione presso le aule del Giudice di Pace di Genova. La Convenzione prevedeva la possibilità che la stessa potesse essere prorogata di anno in anno per tacito accordo oppure rescissa anche unilateralmente da ambo le parti previa raccomandata a.r. almeno tre mesi prima della data di scadenza della medesima, fermo restando gli adempimenti in precedenza assunti.

Come previsto dalla normativa (Art.29 commi 4° e 5°), si prevedeva che nel caso in cui la mediazione portasse ad una conciliazione venisse redatto un verbale attestante la remissione di querela o la rinuncia al ricorso e la relativa accettazione e che inoltre nessuna dichiarazione resa dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione venisse in alcun modo utilizzata ai fini della deliberazione giudiziale.

A norma dell'Art.29 commi 4° e 5° si convenivano le seguenti modalità di svolgimento del tentativo di mediazione:

- al Servizio di mediazione venissero fornite le informazioni necessarie per contattare le parti. I mediatori fossero tenuti a mantenere il massimo riserbo su tutta l'attività di mediazione effettuata;
- i mediatori contattassero direttamente le parti, attraverso l'Ufficio di Cancelleria penale, invitandole a comparire per avviare la procedura di mediazione. La mediazione, non avendo carattere dibattimentale, venisse svolta in presenza delle sole parti costituite senza l'intervento dei rispettivi legali di fiducia e/o d'ufficio;
- i mediatori operassero in ossequio alle norme sul segreto d'ufficio e sul trattamento dei dati sensibili. All'ossequio di tali norme fossero tenuti anche tirocinanti e/o stagisti ammessi al tirocinio/stage. Al mediatore fosse applicata la normativa dei CTU fatte salve le prescrizioni previste dall'art. 29 comma 4 del D.Leg. 274/2000;
- il Giudice di Pace avesse notizia del risultato della mediazione tramite un verbale, redatto ad opera del mediatore incaricato, nel quale venisse attestata sinteticamente l'attività svolta e la sua conclusione. Nello stesso verbale, o in atto ad esso allegato, le parti rispettivamente firmassero per la remissione/accettazione di remissione di querela o la rinuncia al ricorso. In questo caso il Giudice di Pace dichiarasse, con sentenza, di non doversi procedere per mancanza di un requisito di procedibilità. Se alla data di rinvio la mediazione non fosse stata eseguita o si fosse conclusa con il nulla di fatto, venisse riattivato il percorso processuale ordinario. Ciascun mediatore fosse responsabile esclusivamente dei mezzi posti in essere e non del buon esito o meno della mediazione stessa;
- quando lo ritenesse opportuno il Giudice di Pace potesse segnalare, previo accordo con la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Genova, alla struttura di mediazione anche cause procedibili di ufficio in cui si ravvisasse co-

- munque l'opportunità di procedere ad un'attività di mediazione anche di carattere sociale;
- i mediatori del Servizio di mediazione presso il Giudice di Pace di Genova potessero essere affiancati da stagisti o titrocinanti che ne facessero richiesta, inviati dalle Università o da altre strutture formative per mediatori riconosciute da un'Associazione nazionale di mediatori;
 - periodicamente il referente del Progetto *"In Dialogo"* incontrasse il Coordinatore dell'Ufficio Giudice di Pace di Genova per effettuare una valutazione sull'andamento del Progetto stesso.

3.1.2. La prassi operativa del Centro di Mediazione Penale.

Il supporto del Centro di Mediazione penale si inserisce nella fase del tentativo di conciliazione o successivamente se il Giudice lo ritiene, ma comunque prima che sia emessa sentenza; in virtù di ciò, affinché il Giudice decida di affidare il caso al Centro di Mediazione, i mediatori hanno deciso di essere presenti alle udienze dell'Ufficio del Giudice di Pace in modo da intercettare la domanda di intervento nel momento in cui il Giudice ne valuti la possibilità.

Essere presenti alle udienze e, ancor prima incontrare il giudice che il giorno ha in udienza possibili invii si è rilevata con il tempo una strategia efficace per divenire interlocutori con i legali e coni Giudici anche direttamente in aula.

Una volta effettuato l'invio delle parti in mediazione, il mediatore stesso, si interfaccia con le parti, qualora queste fossero presenti, o con i legali per fissare un primo incontro. Il primo incontro si svolge con le parti in modo separato, con l'obiettivo di raccogliere da entrambe un resoconto di quanto accaduto e di quanto li vede in conflitto e di intraprendere un percorso di mediazione con l'obiettivo di costruire una realtà terza, altra da quella che definiscono in quel momento e che li vede contrapposti in un'aula di tribunale.

Il primo incontro rappresenta il momento di inizio del percorso di mediazione in cui lo stesso si va a configurare attraverso la

condivisione dell'obiettivo. Gli incontri successivi, che possono essere svolti sempre mediante incontri con le singole parti in modalità separata o in sessione congiunta, rappresentano una fase che può essere definita di consolidamento dell'obiettivo e di realizzazione dello stesso. Nello specifico le parti continuano a lavorare per raggiungere l'obiettivo definito; per fare ciò il centro di mediazione può decidere di coinvolgere nel percorso altre figure (quali ad esempio i legali di fiducia, familiari, amici ecc...) che possono essere di coadiuvante alle parti per il raggiungimento dell'obiettivo.

Se i mediatori necessitano di altro tempo da quello accordato con l'invio, il Centro di Mediazione utilizza relazioni di aggiornamento del percorso (che non entrano nel merito dei contenuti trattati durante gli incontri, ma rendono conto del percorso che si sta effettuando), da presentare al Giudice in concomitanza con la richiesta di un ulteriore rinvio.

Il percorso si considera concluso quando le parti hanno costruito e condiviso un accordo rispetto alla situazione di partenza, e hanno definito delle modalità di relazione differenti da quelle utilizzate nel momento del conflitto, modalità riconosciute come utili a gestire situazioni critiche, dunque da utilizzare anche in futuro, che consentiranno loro di gestire le questioni critiche che possono incontrare anziché generare ulteriormente situazioni di conflitto.

La conclusione del percorso di mediazione viene relazionata al Giudice indicando esclusivamente l'esito (positivo o negativo) del percorso, dunque senza entrare nel merito del contenuto degli incontri.

In udienza, infine, il mediatore esporrà eventuali accordi tra le parti o eventuale remissione di querela quale risultato aggiuntivo al completamento del percorso.

3.2. Sintesi dell'attività svolta anni 2010-2011.

Viene qui di seguito riportata una tabella che sintetizza l'attività svolta dal Centro di mediazione penale *"In Dialogo"* dal 2010 al 2011.

GESTIONE INVII AL CENTRO DI MEDIAZIONE "INDIALOGO"

Parti coinvolte	Altre persone coinvolte nel procedimento di mediazione (famigliari, amici, legali ecc...)	Reato	Giudice inviante	Numero di incontri con le singole parti	TEMPO tot.	Risultato (ritiro querela) mantenimento querela)
1 A.: querelante B.: querelato	Legale di B	Ingurie e minacce	Inguanti	1 con A 1 con legale di B 3 telefonate con legale di B	Aprile/ottobre 2010	Chiusura -remissione di querela-
2 S.: querelante N.: querelato	Legali di S. e di N.	Lesioni minori	Berrizzi	1 con A, B e legali La mediazione si è svolta e conclusa in aula durante una pausa concessa dal giudice durante l'udienza.	1 ora	Chiusura -remissione di querela-
3 A.: querelato e querelante G.: querelante e querelato	Legali di A e G	Ingurie e minacce	Berrizzi	INCONTRI 2 con A, 2 telefonate con A 1 con G, 1 con legali di A e G.	Giugno/dicembre 2010	Una parte non intende prendere parte al percorso di mediazione.

4	G: querelato e querelante G: querelato e querelante	Marito di G. Figlia di G. Legale di G.	Danneggiamento e ingiuria	Bertiati	<u>INCONTRI</u> 3 con G e G; 1 congiunto 1 in aula con figlia G e legale	Aprile/Giugno 2010	Chiusura -remissione di querela-
5	P: querelato e querelante B: querelato e querelante	Legali di riferimento	Inguria Inguria	Santarella	<u>INCONTRI</u> 2 incontri con P 2 incontri con B 2 telefonate con legali	Aprile/novembre 2010	I legali hanno proceduto in autonomia a gestire il caso muovendosi nella direzione promossa dagli incontri di mediazione
6	P: querelato e querelante M: querelato e querelante	Marito di M. Legale di M. Moglie di P.	Inguria, minacce	Bertiati	<u>INCONTRI</u> 3 incontri P 2 incontri M 1 incontro M marito e legale	Aprile/Dicembre 2010	I legali hanno proceduto in autonomia a gestire il caso muovendosi nella direzione promossa dagli incontri di mediazione
7	M: querelante B: querelato	-	Diffamazione	Bertiati	<u>INCONTRI</u> -1 incontro M -1 telefonata B	Marzo/Maggio 2010	Una parte non intende prendere parte al percorso di mediazione
8	M: querelante D: querelato	-	Inguria	Santarella	<u>INCONTRI</u> -2 incontri M -1 incontro con D	Febbraio/giugno 2011	Una parte non intende prendere parte al percorso di mediazione

Nella tabella sopra riportata sono presentati gli invii effettuati nel 2010-2011 da alcuni Giudici.

Nello specifico, analizzando le singole voci che compongono la tabella stessa si può notare come nel processo di mediazione possano essere coinvolte anche altre parti oltre a quelle direttamente interessate (ovvero altre dal querelante e dal querelato). Tale azione diviene una scelta strategica laddove si valuta come utile ai fini del raggiungimento dell'obiettivo e laddove il coinvolgimento delle parti possa risultare utile a tale scopo.

In riferimento alla tipologia di reato commesso dalle parti, l'analisi sopra effettuata evidenzia che su 8 casi inviati e gestiti dal centro di mediazione, 5 sono reati di minaccia, 2 di minaccia e ingiuria, e gli altri danneggiamento, diffamazione e lesioni minori, questo a evidenziare come non ci sia una tipologia di reato specifica ma che gli invii sono stati effettuati in modo indipendente dalla tipologia di reato commesso.

Relativamente ai tempi utilizzati in tabella sono riportati sia il numero di incontri effettuati che il tempo impiegato (in termini di mesi) per effettuare tali incontri. Tale dato risulta differente caso per caso poiché non è possibile definire a priori o stabilire per tutti i casi un numero di incontri predefinito, tantomeno gli stessi sono uguali in relazione alla scelta degli incontri. Per alcuni, infatti, sono stati effettuati incontri separati con le parti, per alcuni sono stati decisi incontri congiunti, per altri ancora si sono realizzati incontri con il legale e con i familiari delle parti. Infine, nell'ultima colonna viene riportato il risultato dei percorsi di mediazione effettuati. Come si evince dalla tabella si può notare che su 8 casi gestiti per 3 situazioni si è giunti alla remissione di querela, per 3 non si è proceduto poiché non si è trovata la disponibilità di una parte a intraprendere il percorso di mediazione e per 2 casi gli incontri di mediazione sono stati utili alle parti e ai relativi legali che hanno deciso di continuare

il percorso giudiziario in autonomia ma tenendo in considerazione quanto emerso durante gli incontri e utilizzando le disponibilità verificatesi nel percorso.

3.3. Analisi costi/benefici.

L'analisi descritta, denominata "Analisi costi e benefici", ha l'obiettivo di presentare un caso, a titolo esemplificativo, per evidenziare la differenza tra la modalità di gestione all'interno delle aule del Giudice di Pace e della mediazione. E' evidente la differenza in termini di tempi e costi

Nella tabella sottostante sono riportati nelle prime due colonne i tempi e i costi di un caso affidato dal giudice di Pace al Centro di mediazione dopo 3 anni di processo.

I calcoli sono effettuati dunque sulla base di dati reali relativi ai primi tre anni e sulla base di una stima fatta in proiezione futura.

Le seconde due colonne contengono i dati relativi alla gestione del caso tramite la mediazione.

Dunque se il caso non fosse stato affidato al centro di mediazione avrebbe avuto un procedimento totale di anni 3 e un costo totale superiore ai 2.700 euro.

Se il caso fosse stato affidato subito al centro di mediazione si sarebbe concluso in 3 mesi, in 7 incontri senza costi per le parti attesa la sperimentazione in atto. E' possibile, infatti, che alcuni progetti nell'ambito della mediazione usufruiscono di finanziamenti che consentano l'avvio di modelli da consolidare, tuttavia i costi della mediazione, anche in considerazione di quanto stabilito dalla normativa, sono grandemente inferiori a quelli di un procedimento davanti all'Autorità Giudiziaria.

L'analisi evidenzia come il Centro di Mediazione abbia permesso alle parti di reperire un luogo ove confrontarsi, indivi-

TEMPI Giustizia ordinaria	COSTI Giustizia ordinaria	Tempi Mediazione	Costi Mediazione
Febbraio 2007 – Giugno 2010: n. 4-5 udienze	Costi di avvocati media per le spese legali €1000,00	Aprile 2010 Giugno 2010	Gratuita per le parti
Luglio 2010 - Settembre 2010: Pausa estiva	Costi del tribunale + Costi di cancelleria 30 euro + 8 euro di marche da bollo	N° incontri 7	
Ottobre 2010: Conclusione istruttoria	Costi di un'eventuale condanna per una delle parti:		
Ottobre 2010 - Gennaio 2011: Aperuta dibattimento	spese media per le legali €1000,00 + spesa per l'avvocato di controparte altri €1000,00 + spesa per la condanna per un resto in media €500/700,00 Spese di giustizia €100,00		
Gennaio 2010: Sentenza (5)	TOTALE €2.738,00		

duare le esigenze comuni e riappropriarsi della responsabilità di intervenire per la gestione del conflitto incrementando la possibilità che tale competenza possa incidere in termini di benessere direttamente sulle parti coinvolte e indirettamente su tutto il territorio in cui le stesse vivono.

Il precipitato è rappresentato dall'atto di remissione della querela che conferma la riduzione dei costi che la cittadinanza ed i privati avrebbero dovuto sostenere per mantenere in piedi un processo.

Tale operazione riveste un'enorme importanza per la comunità la quale, oltre a risparmiare risorse, acquisisce competenze per la gestione dei conflitti volte al benessere collettivo.

4. Conclusioni e ricadute operative.

La ricaduta pragmatica di tale percorso è in primo luogo il ritiro della querela, quindi un conseguente snellimento delle pratiche di competenza del Giudice di Pace, oltre che un risparmio sia in tempo che in denaro per le parti, che si trovano nella condizione di poter evitare un lungo e costoso iter giudiziario; in tale ottica viene inoltre ristabilito l'effettivo ruolo normativo del Giudice di Pace, chiamato, come detto in premessa, a "mettere pace" tra le parti, utilizzando la sentenza come estrema *ratio* per il conseguimento di tale scopo.

Le ricadute sull'istituzione sono a loro volta molteplici: l'intervento del centro di mediazione sui casi di querela che verranno indicati dal Giudice di Pace, mette in condizione tale organo di espletare in modo efficace il tentativo di conciliazione che lo caratterizza; questo da una parte permette al Giudice di Pace di ridurre il numero di udienze con le parti dato che parte del processo di mediazione viene svolto da un organo terzo e inoltre il fatto che la soluzione al conflitto parta direttamente dalle parti permette di anticipare una riduzione dei casi di ricorso quindi una diminuzione delle attivazioni per altri organi del sistema giudiziario.

Inoltre il centro di mediazione potrebbe contribuire ad alleggerire il lavoro conciliativo in capo alle Forze dell'Ordine che ricevono le querele, le quali provvedono segnalare al Centro stesso i casi significativi. Lo stesso discorso avviene allorché il procedimento sia giunto davanti al Giudice di Pace in quanto la possibilità di partecipare a una mediazione gestita

da personale qualificato, viene data alle parti ancor prima che il loro caso venga presentato presso il Giudice stesso.

In via progettuale questo tipo di linea strategica potrebbe declinarsi anche nella fase dell'esecuzione penale quale momento di costruzione di percorsi, alternativi o paralleli al carcere, che permettano da un lato a colui che viene individuato come vittima di abbandonare tale status e con esso il senso di rabbia e di impotenza che lo caratterizza, dall'altro al cosiddetto autore di reato di mettere in campo azioni riparative, individuate attraverso l'incontro con la vittima in modo tale da affrancarsi dal ruolo di reo.

Dalle esperienze raccolte in altri paesi dell'Unione Europa, come la Svezia, e del resto del mondo, come l'Argentina, dove la pratica della mediazione è molto diffusa, sia in ambito civile che penale, emerge come la mediazione incida in modo netto sulla recidività implementando quindi l'efficacia del percorso di reinserimento sociale anche in virtù dell'occasione che rappresenta per il reo di incontrare la parte lesa dalle sue azioni.

L'impatto a livello culturale è rappresentato dalla diffusione sul territorio, tra le istituzioni e tra i singoli cittadini, della possibilità di trovare una modalità di risoluzione dei conflitti differente da quella del procedimento giudiziario *tout court*. Modalità che prevede non tanto un processo di delega all'istituzione, affidando al Tribunale la decisione, quanto una partecipazione attiva ed effettiva del cittadino nell'individuazione della modalità con cui riparare ad un torto o mettere fine ad un conflitto.

Note:

(1) D. Lvo 28 agosto 2000, n. 274, art 29 comma 4 "Il giudice, quando il reato è perseguitibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio. In ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione".

(2) D. Lvo 28 agosto 2000, n. 272, art. 29 comma 5 "In caso di conciliazione è redatto processo verbale attestante la remissione di querela o la rinuncia al ricorso di cui all'art. 21 e la relativa accettazione. La rinuncia al ricorso produce gli stessi effetti della remissione di querela.

(3) M. Cafiero "La riparazione nella giustizia: magistrati, operatorie so-

cietà civile si interrogano” in “Riparazione e Giustizia Riparativa - Il servizio sociale nel sistema penale e penitenziario” a cura di P. Trecci e M. Cafiero, FrancoAngeli, Milano 2007, pag. 178

(4) La cornice teorico-metodologica adottata si definisce modello operativo dialogico, in quanto va a collocarsi entro una concezione della realtà di tipo processuale, in cui non vige il determinismo causale ma l’interazione delle varie voci narranti quali costruttrici della realtà in termini dialogici. Il modello proposto parte dall’assunzione teorica secondo cui la realtà si genera attraverso la costruzione

della stessa. Tale modello, pertanto, viene definito “dialogico” in virtù della dimensione processuale cui si attesta, poiché pone a proprio fondamento l’interazione tra tutte le voci “narranti” (in dialogo) di un contesto discorsivo e consente di abbandonare riferimenti deterministici e causalistici in favore di una dimensione interattiva di costruzione della realtà stessa.

Gian Piero Turchi, Claudia della Torre, “*Psicologia della salute, dal modello bio-psico-sociale al modello dialogico*”, 2007 Armando editore, Roma.

(5) Tempi stimati sulla base del numero medio di udienze in un anno.

Elisa Piterà